

CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL

CDT

Marzo 2026
Volumen 18 Número 1

www.uc3m.es/cdt

EISSN: 1989-4570

Estudios

La saga dei contratti derivati stipulati dagli Enti pubblici territoriali italiani tra diritto interno e diritto internazionale privato
The Derivative Contracts' Saga involving Italian Public Authorities between Domestic Law and Private International Law

FRANCESCA RAGNO

9

Los pactos sucesorios en Europa: hacia un marco común a través del Reglamento (UE) 650/2012 - estudio crítico y prospectivo
Succession Agreements in Europe: towards a Common Framework under Regulation (EU) 650/2012 - critical and prospective study

MANUEL JESÚS BRENES FLORES

46

Los límites del artículo 4 de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104 en los conflictos de jurisdicción relativos a los derechos del cónyuge viudo y la pareja supérstite
Limits of article 4 of Regulations (UE) 2016/1103 and 2016/1104 on conflicts of jurisdiction related to the rights of widow spouse and surviving partner

ANTONIO JESÚS CALZADO LLAMAS

75

An Institution to «Give a Child a Family»? The Outdated Framework of Italian Adoption Law
¿Una institución destinada a «dar una familia a un menor»? El marco normativo obsoleto de la adopción en el ordenamiento jurídico italiano

DR. FABRIZIA CESARANO

101

La reparación civil transnacional de las víctimas de crímenes internacionales: *El caso Mothers of Srebrenica*
Transnational civil reparation for victims of international crimes: The Mothers of Srebrenica case

PAULA CISNEROS CRISTÓBAL

132

Consideraciones sobre la cláusula del cliente más favorecido
Considerations regarding the most favorite customer clause

ANGÉLICA DÍAZ DE LA ROSA

154

Área de Derecho
Internacional Privado



Universidad
Carlos III de Madrid
www.uc3m.es



FECYT340/2025
(Fecha de certificación: 12 de julio de 2019 (8ª edición))
Válido hasta: 19 de diciembre de 2027

Prueba penal transfronteriza: pronunciamientos del TJUE sobre la OEI, aproximación al paquete <i>e-evidence</i> y transmisión digitalizada <i>Cross-border criminal evidence: CJEU rulings on the EOI, overview to the e-evidence package and digital transmission</i>	182
LIDIA DOMÍNGUEZ RUIZ	
Circulación de documentos en la Unión Europea y libre circulación de personas a debate <i>Circulation of documents in the European Union and free movement of people under debate</i>	215
GLORIA ESTEBAN DE LA ROSA	
La aplicación del artículo 20 del Reglamento (CE) n.º 1008/2008 ante el Derecho de la competencia. Estudio del caso francés <i>The application of Article 20 of Regulation (CE) n° 1008/2008 to competition law. A study of the French case</i>	236
MARÍA JOSÉ ESTRADA MARGARETO	
El Tratado de la Ompi sobre la propiedad intelectual, los recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados: un análisis <i>Wipo Treaty On Intellectual Property, genetic resources and associated traditional knowledge: an analysis</i>	261
JAVIER FRAMINÁN SANTAS	
Aproximación al <i>trade dress</i> y su repercusión en el ámbito internacional: especial mención a la competencia judicial internacional <i>Aproximation to the trade dress and its impact in the international context: special reference to the international jurisdiction</i>	296
MARÍA AUXILIADORA GARCÍA GARRIDO	
Reconciling Gender Identity and Legal Status in Cross-Border Family Relations <i>Conciliación de la identidad de género y la situación jurídica en las relaciones familiares transfronterizas</i>	320
LUCIA IRINESCU	
Ética, Derecho y percepción de la Justicia en el entorno digital europeo, con especial referencia al Reglamento de IA <i>Ethics, Law and perception of Justice in the European digital environment, with special reference to AI Regulation</i>	333
CARMEN JEREZ DELGADO	
La extensión territorial del Derecho de la Unión Europea por razones de sostenibilidad <i>The territorial extension of European Union Law for sustainability reasons</i>	358
EUGENIA LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ	
The legal linguistic regime of cross-border service of documents in civil and commercial matters <i>Il regime linguistico delle notificazioni transnazionali nella materia civile e commerciale</i>	386
SILVIA MARINO	
El forum delicti y los derechos de la personalidad: una evaluación global en vista de la reforma del Reglamento Bruselas I bis <i>The Forum Delicti and Personality Rights: an Overall Assessment in View of the Brussels Ibis Reform</i>	399
GIACOMO MAROLA	

Las identidades no binarias en el Derecho español: aspectos internacionales e internos <i>Non-binary identities in Spanish law: international and internal aspects</i> SAÚL CASTRO FERNÁNDEZ / PATRICIA OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS	435
Propuesta de regulación estatal de parejas de hecho: normas de conflicto y Derecho material <i>Proposal of conflict of law rules and material law regarding to partnerships</i> JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO	456
Ukrainian Online Marriages and Their Recognition in neighbouring Poland <i>I matrimoni online ucraini e il loro riconoscimento nella vicina Polonia</i> ANNA WYSOCKA-BAR / SOFIYA KERNYCHNA	485
Varia	
Diseñador de moda, autoría estilística y caducidad de una marca por uso engañoso: ¿Todo vale para hacer creer al público que el diseñador sigue teniendo vinculación con la marca que se corresponde con su apellido? Comentario a la STJUE de 18 de diciembre de 2025 <i>Fashion designer, creative authorship and revocation of a mark due to misleading use: Is anything acceptable to make the public believe that the designer still has a connection with the mark that corresponds to their surname? Commentary on the CJEU judgment of 18 December 2025</i> ISABEL ANTÓN JUÁREZ	500
De la validité des clauses attributives de juridiction asymétriques <i>The Validity of Asymmetric Choice-of-Court Clauses</i> CÉDRIC LATIL	518
La incidencia de los Derechos Fundamentales en la libre circulación de resoluciones judiciales en Europa a la luz de la reciente doctrina del TJUE: el orden público como excepción ¿nuevas reglas de juego? (STJUE, 4 oct. 2024, c-633/22) <i>The influence of fundamental rights on the free movement of decision in Europe in the light of the recent case law of ECJ: public policy excepcion new rules of the game? (CJEU 4 october 2024, c-633/22)</i> CLARA ISABEL CORDERO ÁLVAREZ	523
Unbounded Personal Jurisdiction Theory and Foreign Policy Concerns: A Continental View on <i>Fuld v. Palestine Liberation Organization</i> <i>Giurisdizione senza limiti nei confronti di convenuti stranieri e tutela degli interessi di politica estera: una prospettiva continentale su Fuld v. Palestine Liberation Organization</i> STEFANO DOMINELLI	536
Inteligencia artificial y derechos humanos de las mujeres y las niñas: sesgos, desafíos y oportunidades a la luz del Derecho Internacional <i>Artificial intelligence and Human Rights of women and girls: biases, challenges and opportunities viewed from International Law</i> DOROTHY ESTRADA TANCK	548
Impacto en la UE de la fiscalidad del teletrabajo transfronterizo. ¿Son necesarios nuevos criterios de atribución de rentas entre los Estados miembros? <i>Impact of cross-border telework taxation in the EU. Are new criteria for the allocation of income between States necessary?</i> DIANA FERRER VIDAL	570

¿Pueden las marcas frenar la cláusula de reparación? Marcas, diseños y derecho a la reparación con ocasión de la sentencia del TJUE en el asunto C-334/22, AUDI contra GQ 586 <i>Can trademarks make the repair clause brake suddenly? Trademarks, designs and right to repair in light of the Judgment of the CJEU AUDI v. GQ, C-334/22</i>	585
JOSÉ ANTONIO GIL CELEDONIO	
Pérdida de la carga, legitimación del remitente y carga de la prueba <i>Loss of cargo, shipper's standing and burden of proof</i>	613
FRANCESCO GIORDANO	
Propuesta de Recurso ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública contra la calificación negativa de la inscripción de nacimiento de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución <i>Proposal for an Appeal to the Dirección General De Seguridad Jurídica y Fe Pública against the negative qualification of the birth registration of those born abroad through surrogacy</i>	627
AURORA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ	
Islamic Law in Domestic Arbitration: Some Thoughts on a Recent Austrian 'Scandal'. Case Note on Vienna Regional Court for Civil Matters, 2 May 2025, 47 R 65/25v and 47 R 66/25s <i>La ley islámica en el arbitraje nacional: noticias sobre un «escándalo» Austriaco. Nota sobre el caso del Tribunal Regional de Viena para Asuntos Civiles, 2 de mayo de 2025, 47 R 65/25v y 47 R 66/25s</i>	651
MATTHIAS LEHMANN / LUKAS PETSCHNING	
El contrato de servicios en el Derecho comparado: especial mención a los ordenamientos portugués e italiano <i>Service contracts in comparative law: special mention of the Portuguese and Italian legal systems</i>	662
COVADONGA LÓPEZ SUÁREZ	
Libre circulación de resoluciones judiciales, prohibición de revisión en cuanto al fondo, orden público y ejecución parcial: la <i>Cour de cassation</i> se pronuncia en el caso <i>Real Madrid c. Le Monde</i> <i>Free movement of judgments, prohibition of review as to the substance, public policy and partial enforcement: the Cour de cassation rules in the case of Real Madrid v. Le Monde</i>	682
CLAUDIA MASSA	
Consideraciones acerca de las acciones de cesación y los daños morales por la pérdida de control de los datos personales. Comentario a la sentencia del TJUE de 4 de septiembre de 2025, asunto C-655/23 (Quirin Privatbank) <i>Considerations on prohibitory injunctions and non-material damage derived from the loss of control of personal data. Commentary on the CJEU Judgment of September 4, 2025, Case C655/23 (Quirin Privatbank)</i>	695
FELIPE OYARZÚN VARGAS	
El papel de los árbitros en el contexto internacional. Perspectiva española a través de la jurisprudencia <i>The Role of Arbitrators in the International Context. The Spanish Perspective through Case Law</i>	715
MARÍA INMACULADA RODRÍGUEZ ROBLERO	

	No forum beyond the EU Charter: RFC Seraing and the constitutional reordering of sports arbitration <i>Ningún foro más allá de la carta de la Unión Europea: RFC Seraing y la reconfiguración constitucional del arbitraje deportivo</i> FRANCESCO SEATZU / SARA TONOLO	739
	Foreign Sovereign Immunity in Exequatur Proceedin: notes on the District Court of The Hague's Decision of 5 June 2025 <i>La inmunidad soberana en el procedimiento de exequátur: notas sobre la decisión del Tribunal de Primera Instancia de La Haya del 5 junio 2025</i> IVIA SOLARO / PAUL P. STEWENS	752
	All or nothing? The relation between the mosaic jurisdiction and the centre of interests connecting factor. Commentary on the decision of the Polish Supreme Court of 18 February 2025, ref. no. II CSKP 1586/22 <i>Il rapporto tra l'approccio a mosaico nella determinazione della giurisdizione e il criterio di collegamento del centro degli interessi. Commento alla sentenza della Corte Suprema polacca del 18 febbraio 2025, n. rif. II CSKP 1586/22</i> ALEKSANDRA WASIELEWICZ	765
Jurisprudencia de Derecho internacional privado del TJUE y el TEDH	La Corte di giustizia si pronuncia sull'obbligo di trascrizione dei matrimoni tra cittadini UE dello stesso sesso <i>The CJEU rules on the obligation to transcribe same-sex marriages between EU citizens</i> 786 CURZIO FOSSATI	785
Sección dirigida por los profesores Javier Carrascosa y Silvia Marino	Private and family life of children born abroad via surrogacy and that of their intended mother. Case K.K. and Others v. Denmark (Application no. 25212/21). European Court of Human Rights (Second Section), Judgment of 6 December 2022 <i>La vie privée et familiale des enfants nés à l'étranger par gestation pour autrui et celle de leur mère d'intention. Affaire K.K. et Autres c. Danemark (Requête n° 25212/21). Cour Européenne Des Droits de L'homme (Deuxième Section), Arrêt du 6 Décembre 2022</i> SATU HEIKKILÄ	798
	Matrimonios entre personas del mismo sexo y derecho internacional privado europeo: Trojan es el futuro <i>Same-sex marriages and european private international law: Trojan is the future</i> ISABEL LORENTE MARTÍNEZ	809
	Copyright law in European Union law and artificial intelligence in a transnational perspective <i>Derecho de autor en la Unión Europea e inteligencia artificial en un enfoque transfronterizo</i> MAGDALENA MILEJSKA	823
	Análisis del foro especial de aceptación o renuncia de la herencia del Reglamento de sucesiones <i>Analysis of the special forum for acceptance or renunciation of inheritance under the Succession Regulations</i> LUCAS ANDRÉS PÉREZ MARTÍN	830
	Alcance del concepto de responsabilidad parental en el RBIter. Análisis desde la STJUE 6 marzo 2025, c-395/23, Anikovi <i>Scope of the concept of parental responsibility in the RBIter. Analysis based on the CJEU Judgment of 6 March 2025, c-395/23, Anikovi</i> MARÍA JESÚS SÁNCHEZ CANO	848

Recensiones	A. LEANDRO, <i>Jurisdiction in EU cross-border insolvency law.</i> ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA	864
	MARÍA VICTORIA CUARTERO RUBIO y JOSÉ MANUEL VELASCO RETAMOSA (Dirs.), <i>El derecho de familia a la luz del derecho fundamental europeo al respeto a la vida familiar.</i> JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ	866
	KATHARINA BOELE-WOELKI and MAARIT JÄNTERÄ-JAREBORG (Eds.), <i>What Family Law for Europe?</i> ESTHER FARNÓS AMORÓS	868
	ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT y CÉSAR HORNERO MÉNDEZ (Dirs.), <i>La autonomía de la voluntad en el ámbito matrimonial y de las parejas de hecho: perspectivas interna, internacional y comparada.</i> MANUEL GARCÍA MAYO	872
	ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT, <i>Le régime économique des couples en Droit international privé.</i> PABLO QUINZÁ REDONDO	875

Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)

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

Directores

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

Redacción

ISABEL ANTÓN JUAREZ, Universidad Carlos III de Madrid

Consejo Asesor

PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, Catedrática de la Universidad de Sevilla
CELIA MARÍA CAAMIÑA DOMINGUEZ, Universidad Carlos III de Madrid, España
GIANLUCA CONTALDI, Università di Macerata.
DIEGO PEDRO FERNÁNDEZ ARROYO, Instituto de Estudios Políticos de París

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

Comité Científico

CARMEN ALONSO LEDESMA, Universidad Complutense de Madrid
STEFANIA BARIATTI, Universidad Milano
CHRISTINE BUDZIKIEWICZ, Universidad de Marburgo
CRISTINA CAMPLIGIO, Universidad Pavia
MARÍA PILAR CANEDO ARRILLAGA, Universidad de Deusto
MARÍA JOSÉ CERVELL HORTAL, Universidad de Murcia
ANGELO DAVI, Università degli Studi di Roma «La Sapienza»
ORNELLA FERACI, Università di Siena.
PIETRO FRANZINA, Universidad Católica del Sacro Cuore
ESTELLE GALLANT, Université Toulouse 1 Capitole
FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Universidad Autónoma de Madrid
HELÈNE GAUDEMET-TALLON, Universidad Paris II-Panthéon-Assas
JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO, registrador de la propiedad
MÓNICA GUZMÁN ZAPATER, Universidad Nacional de Educación a Distancia
CARMEN HERRERO SUÁREZ, Universidad de Valladolid
PILAR JIMÉNEZ BLANCO, Universidad de Oviedo
ULRICH MAGNUS, Universidad Hamburg
FRANÇOIS MAILHÉ, Université de Picardie Jules Verne, Amiens
MARIA CHIARA MALAGUTI, President of UNIDROIT

CARMEN HERRERO SUÁREZ, Universidad de Valladolid
HEINZ PETER MANSEL, Universidad de Köln
DIETER MARTINY, Univ. Frankfurt a.O.-Viadrina
PIERALBERTO MENGGOZZI, Universidad de Bolonia
RUI MANUEL MOURA RAMOS, Universidad de Coimbra
JESÚS R. MERCADER UGUINA, Universidad Carlos III de Madrid
DÁRIO MOURA VICENTE, Universidad Lisboa
HORATIA MUIR-WATT, Instituto de Estudios Políticos de París
JORGE OVIEDO ALBÁN, Universidad La Sabana
JUANA PULGAR EZQUERRA, Universidad Complutense de Madrid
LUCIANO PAREJO ALFONSO, Universidad Carlos III de Madrid
LUÍS DE LIMA PINHEIRO, Universidad de Lisboa
CATHERINE PRIETO, Universidad Paris I Panthéon-Sorbonne
FRANCESCA RAGNO, Università di Bologna
MARTA REQUEJO ISIDRO, Universidad de Santiago de Compostela
GIAN PAOLO ROMANO, Université de Genève
TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO, Universidad Carlos III de Madrid
LUKAS RADEMACHER, Universidad de Kiel
FRANCESCO SALERNO, Universidad de Ferrara
ANGELA DI STASI, Università degli Studi di Salerno
EDUARDO VALPUESTA GASTAMINZA, Universidad de Navarra

Comité de Evaluación

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

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

ESTUDIOS

La saga dei contratti derivati stipulati dagli Enti pubblici territoriali italiani tra diritto interno e diritto internazionale privato

The Derivative Contracts' Saga involving Italian Public Authorities between Domestic Law and Private International Law

FRANCESCA RAGNO

*Professoressa ordinaria di Diritto internazionale. Alma Mater Studiorum
Università di Bologna*

ORCID ID: 0000-0001-5066-1921

Recibido: 27.01.2026 / Aceptado: 11.02.2026

DOI: 10.20318/cdt.2026.10261

Riassunto: Il contributo esamina la complessa vicenda dei contratti derivati stipulati dagli Enti pubblici territoriali italiani, analizzando l'impatto che le recenti evoluzioni normative e giurisprudenziali hanno prodotto sul contenzioso transnazionale sviluppatosi all'indomani della Brexit. Muovendo dal quadro regolatorio interno, che ha progressivamente delimitato l'area di liceità dei derivati in ossequio ai principi costituzionali di equilibrio di bilancio, sana gestione finanziaria e limiti all'indebitamento degli Enti locali, il lavoro si sofferma sui problemi di diritto internazionale privato che investono il giudice italiano, allorché sia chiamato a valutare, da un lato, la portata derogatoria delle clausole di scelta del foro contenute negli ISDA Master Agreements e, dall'altro, i presupposti e i limiti di efficacia, nell'ordinamento interno, delle decisioni rese dai giudici inglesi in materia. Dopo aver sostenuto che i principi costituzionali che informano la disciplina dei contratti derivati degli Enti pubblici territoriali sono idonei a integrare il contenuto dell'ordine pubblico internazionale, il contributo conclude formulando una valutazione critica dell'orientamento favorevole al riconoscimento in Italia di decisioni inglesi sulla giurisdizione, evidenziando gli indebiti effetti di ingerenza che tale approccio legittima rispetto all'esercizio della Kompetenz-Kompetenz del giudice italiano previamente adito.

Parole chiave: contratti derivati, ISDA Master Agreements, accordi di scelta del foro, Brexit, lis pendens, ordine pubblico internazionale, circolazione delle decisioni straniere in Italia

Abstract: The article examines the complex evolution of derivative contracts entered into by Italian territorial public authorities, with particular attention to the impact of recent regulatory and judicial developments on the transnational litigation that arose in the aftermath of Brexit. Beginning with the domestic regulatory framework, the analysis traces the progressive narrowing of the conditions under which such derivatives are deemed valid, in light of constitutional principles of budgetary balance, sound financial management, and limits on the indebtedness of local authorities. Against this background, the paper focuses on key issues of private international law faced by Italian courts when assessing the derogatory effect of forum selection clauses contained in ISDA Master Agreements, as well as the recognition and enforcement of decisions rendered by English courts in this field. It argues that the constitutional principles underpinning the Italian legal regime governing derivative contracts are capable of shaping the content of international public policy before Italian courts. The article concludes

with a critical assessment of approaches favoring the recognition in Italy of English jurisdictional decisions, highlighting the undue interference such solutions may produce with the exercise of the *Kompetenz-Kompetenz* of the Italian court first seized.

Keywords: derivatives, *ISDA Master Agreements*, choice of court agreements, Brexit, *lis pendens*, public policy, recognition and enforcement of foreign decisions in Italy.

Sommario: I. Introduzione. II. Il nodo della giurisdizione e l'efficacia derogatoria delle clausole giurisdizionali contenute negli ISDA Master Agreements. 1. Gli effetti della Brexit sull'applicabilità del Regolamento Bruxelles I bis e della Convenzione dell'Aja del 2005. 2. L'inapplicabilità del regime di Lugano e la sorte della Convenzione di Bruxelles del 1968 nei rapporti con il Regno Unito. 3. L'efficacia delle clausole di scelta del foro negli ISDA Master Agreements alla luce della legge n. 218/1995. 4. La verifica circa la portata esclusiva e gli effetti di deroga delle clausole giurisdizionali contenute negli ISDA Master Agreements. 5. La localizzazione del domicilio del convenuto e la sua possibile incidenza sugli approdi finora raggiunti. III. La riconoscibilità/eseguibilità in Italia di decisioni inglesi in materia di derivati finanziari stipulati dagli Enti pubblici. 1. Le Convenzioni dell'Aja del 2005 e del 2019: ambito di applicazione, portata e limiti. 2. La possibile reviviscenza della Convenzione bilaterale del 1964 tra Italia e Regno Unito. 3. L'efficacia delle decisioni inglesi in Italia secondo il regime comune di cui alla legge n. 218/1995. 4. La litispendenza quale condizione ostativa al riconoscimento/esecuzione di decisioni straniere. 5. L'ordine pubblico quale valvola di chiusura dell'ordinamento a presidio di principi e valori cruciali. IV. Quo vadis? Riflessioni critiche su un (discutibile) orientamento della giurisprudenza italiana. V. Conclusioni.

I. Introduzione

1. Dalla fine degli anni '90 fino all'ultimo decennio, il ricorso a strumenti di finanza derivata da parte degli Enti pubblici territoriali ha rappresentato una prassi diffusa nelle strategie di gestione e di ristrutturazione del debito locale. Questa situazione è stata favorita da una cornice regolatoria inizialmente permissiva, che ha consentito a Regioni, Province e Comuni di stipulare contratti derivati con istituti bancari nazionali ed esteri per far fronte ai rischi di mercato o di credito in un contesto di crescente pressione derivante dalla riduzione delle risorse statali. Con il tempo, la percezione dell'impatto che i gravi rischi connessi all'aleatorietà di tali strumenti sono suscettibili di produrre sulle risorse finanziarie pubbliche - e quindi sulla possibilità di perseguire finalità di interesse generale per la collettività¹ - ha indotto il legislatore a tracciare un regime normativo maggiormente restrittivo e, da ultimo, radicalmente proibitivo; la legge di Stabilità 2014, infatti, ha - salve le deroghe espressamente previste - radicalmente precluso a Regioni e agli Enti locali di stipulare - anche in sede di rinegoziazione - contratti relativi a strumenti finanziari derivati ovvero contratti con componenti derivate², stabilendo una nullità di protezione invocabile solo dagli Enti stessi. A questo irrigidimento legislativo si è associato il significativo apporto esegetico della giurisprudenza che, in relazione alla disciplina vigente fino al 2013, ha trovato culmine in una rilevante pronuncia della Corte di Cassazione che, dopo aver chiarito che solo i derivati di copertura potessero essere legittimamente stipulati dagli Enti locali, ne ha sancito la validità *“solo in presenza di una precisa misurabilità/determinazione dell'oggetto contrattuale, comprensiva sia del criterio del mark to market sia degli scenari probabilistici, sia dei cd. costi occulti, allo scopo di ridurre al minimo e di rendere consapevole l'ente di ogni aspetto di aleatorietà del rapporto, costituente una rilevante disarmonia nell'ambito delle regole relative alla contabilità pubblica, introduttiva di variabili non compatibili con la certezza degli impegni di spesa riportati in bilancio”*.

2. Alla luce dei significativi sviluppi legislativi ed ermeneutici degli ultimi anni, non sorprende che diversi Enti territoriali italiani abbiano promosso, dinanzi a tribunali italiani, azioni volte a far valere

¹ In questo senso si veda Corte Cost. 10 febbraio 2010, n. 5.

² Cfr. Legge 147/2013, del 27 dicembre, Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge Stabilità 2014), GU n. 302 del 27 dicembre 2013, art. 1, comma 572.

la responsabilità degli intermediari bancari per l'attività di consulenza prestata in funzione delle operazioni in derivati e/o per ottenere la dichiarazione di nullità o la risoluzione dei contratti derivati — generalmente *Interest Rate Swaps* — conclusi prima del 2013 e ancora in essere. Le Banche, di converso, hanno promosso speculari giudizi in Inghilterra, sostenendo che i derivati sarebbero regolati da accordi quadro (i c.d. *ISDA Master Agreements*), nei quali sono contenute clausole di proroga della giurisdizione che attribuirebbero competenza esclusiva ai tribunali inglesi, nonché clausole di scelta della legge applicabile in favore del diritto inglese.

3. Un simile intreccio di iniziative giudiziarie determina, per il giudice italiano che venga investito di tale contenzioso, l'emersione di delicate questioni di diritto internazionale privato. Il presente contributo si propone di inquadrare sistematicamente e di dipanare alcune di esse.

II. Il nodo della giurisdizione e l'efficacia derogatoria delle clausole giurisdizionali contenute negli ISDA Master Agreements

4. Il primo profilo di diritto internazionale privato che un giudice italiano, investito di un'azione promossa da un Ente territoriale e avente ad oggetto contratti derivati disciplinati dall'*ISDA Master Agreement*, è chiamato ad affrontare attiene alla verifica della sussistenza della propria giurisdizione. Si tratta di una questione che si pone anche nell'ipotesi in cui l'intermediario bancario convenuto abbia sede in Italia³ e che richiede all'organo giudiziario adito di confrontarsi con una complessa stratificazione di fonti normative, la cui ricostruzione risulta indispensabile in funzione della verifica della propria *potestas iudicandi*.

5. In tale contesto assume particolare rilievo la valutazione dell'eventuale efficacia derogatoria delle clausole di scelta del foro contenute negli *ISDA Master Agreements* (versioni 1992 e 2002) che di norma regolano i contratti derivati oggetto del contenzioso. Tale valutazione presuppone, tuttavia, la preliminare individuazione del regime internazionalprivatistico applicabile a tali pattuizioni.

1. Gli effetti della Brexit sull'applicabilità del Regolamento Bruxelles I bis e della Convenzione dell'Aja del 2005

6. Posta l'eterogeneità e la pluralità delle norme che nel nostro ordinamento governano la disciplina degli accordi di scelta del foro, si deve in primo luogo valutare se le clausole in esame ricadano nell'ambito di applicazione di fonti di derivazione europea o internazionale, quali il Regolamento Bruxelles I bis⁴, la Convenzione di Lugano del 1988⁵ e/o del 2007⁶, la Convenzione dell'Aja del 2005⁷ o la Convenzione di Bruxelles del 1968⁸, o, di contro, siano soggette alla normativa residuale di diritto comune (legge n. 218/1995).

³ Nel senso che una proroga a favore di un Giudice estero nell'ambito di un contratto meramente interno costituisca un elemento atto a conferire internazionalità alla lite in funzione dell'applicazione dell'art. 4 della legge 218/1995 e del Regolamento (UE) n° 1215/2012 v., rispettivamente, Cass. S.U., 14 febbraio 2011, n. 3568 e CGUE 8 febbraio 2024, C-566/22, *Inkreal s.r.o. c. Dúha reality s.r.o.*, 2024, ECLI:EU:C:2024:123.

⁴ Regolamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in G.U.U.E. del 20 dicembre 2012, p. 1 ss. (c.d. Regolamento cd. Bruxelles I bis).

⁵ Convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale sottoscritta a Lugano il 16 settembre 1988, in G.U.C.E., 25 novembre 1988, L 319, p. 9 ss.

⁶ Convenzione concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in G.U.U.E. del 21 dicembre 2007, L 339, p. 3 ss.

⁷ Convenzione dell'Aja del 30 giugno 2005 sugli accordi di scelta del foro, in G.U.U.E., 29 maggio 2005, L 133, p. 3 ss.

⁸ Convenzione di Bruxelles del 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, versione consolidata in G.U.C.E., 26 gennaio 1998, C 27, p. 1 ss.

7. Muovendo dall'analisi delle fonti di rango superiore e tenuto conto che le azioni promosse concernono attività poste in essere dagli Enti pubblici *iure privatorum*, va *in primis* vagliata l'applicabilità dell'art. 25 del Regolamento Bruxelles I *bis*. Considerato che tale norma subordina la propria operatività alla designazione di fori di Stati membri e che la sussistenza di tale presupposto va verificata al momento del radicamento della causa e non al momento della conclusione del patto di proroga⁹, il predetto articolo non risulta applicabile alle controversie instaurate successivamente al 31 dicembre 2020, data a partire dalla quale è venuto meno il regime di ultrattività del Regolamento Bruxelles I *bis* concordato all'indomani del recesso del Regno Unito dall'Unione europea¹⁰.

8. Del pari irrilevante, in relazione al contenzioso concernente derivati stipulati precedentemente al 2013 e promosso successivamente al 31 dicembre 2020, risulta la Convenzione dell'Aja del 2005, strumento elaborato in seno alla Conferenza di diritto internazionale privato dell'Aja al fine di rafforzare l'effettività degli accordi di scelta del foro, promuovendo il loro riconoscimento e la loro attuazione da parte delle corti nazionali ed agevolando la circolazione delle decisioni che su essi si basano¹¹.

9. Sebbene il Regno Unito, il 29 settembre 2020, abbia aderito alla Convenzione *de qua* in via autonoma e possa pertanto considerarsi parte contraente a prescindere dalla sua cessata partecipazione all'Unione europea¹², la disciplina convenzionale trova applicazione esclusivamente laddove risultino integrati i relativi presupposti *ratione temporis*. Poiché la Convenzione si applica unicamente agli accordi di scelta del foro "*conclusi dopo la sua entrata in vigore nei confronti dello Stato del giudice prescelto*" (art. 16, n. 1), restano esclusi dal suo ambito di operatività gli accordi di proroga stipulati anteriormente al 1° ottobre 2015, data in cui la Convenzione è entrata in vigore nel Regno Unito quale parte dell'*acquis* dell'Unione¹³.

⁹ Come sottolineato dalla Corte di giustizia in una sentenza relativa all'art. 17 della convenzione di Bruxelles una clausola di proroga della giurisdizione "è, di per sé stessa, espressione di una facoltà di scelta del giudice competente, i cui effetti si verificano solo nel momento in cui viene proposta una domanda giudiziale, dando inizio all'azione" (CGCE 13 novembre 1979, Causa 25/79, *Sanicentral c. Rene Collin*, ECLI:EU:C:1979:255). Tale statuizione si pone in linea di continuità con "*il principio generale che informa anche i sistemi processuali interni, compreso quello italiano, secondo cui la giurisdizione e la competenza vanno valutate alla luce dello stato di fatto e di diritto esistente al momento della proposizione della domanda. Poiché il giudice comunitario, nel verificare l'applicazione della normativa uniforme alle clausole sul foro, decide della propria competenza, appare corretto dedurre che esso applichi le norme vigenti e si riferisca alla situazione di fatto esistente al momento della proposizione della domanda*" (I. QUEIROLO, *Gli accordi sulla competenza giurisdizionale. Tra diritto comunitario e diritto interno*, Padova, 2000, p. 120).

¹⁰ Art. 127 dell'Accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica (c.d. Accordo di recesso), in G.U.U.E. del 31 gennaio 2020, L 29, p. 7 ss.

¹¹ Per approfondimenti sulla Convenzione dell'Aja del 2005 sia permesso di rinviare a F. RAGNO, *Forum Selection under the Hague Convention on Choice of Court Agreements - A European Perspective*, NYU Lectures series, New York, 2018.

¹² La Convenzione dell'Aja è stata conclusa dall'Unione europea l'11 giugno 2015 (G.U.U.E. del 10 dicembre 2014, L 353, p. 5 ss.) in virtù delle sue competenze esterne; fino al 31.12.2020 tale strumento è stato in vigore nel Regno Unito quale diritto dell'Unione.

¹³ Ai fini del presente scritto, che mira a ricostruire il regime internazionalprivistico applicabile a strumenti finanziari (e accordi di proroga della giurisdizione) conclusi prima del 2013, appare superfluo considerare se, ai fini del richiamato art. 16, n. 1, vada considerata rilevante la data di originaria entrata in vigore della Convenzione nel Regno Unito - come pare suggerire il Governo britannico nella dichiarazione accompagnatoria al deposito dello strumento di accessione ("*the United Kingdom considers that the 2005 Hague Convention entered into force for the United Kingdom on 1 October 2015 and that the United Kingdom is a Contracting State without interruption from that date*", consultabile alla pagina web: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/notifications/?csid=1318&disp=resdn>) - e, da ultimo, la giurisprudenza belga (Court de Cassation/Hof van Cassatie 27 marzo 2025 (C.24.0012.F): <https://cass.be/pdf/arresten-arrets/C.24.0012.F.pdf>) oppure se valga la data del 1° gennaio 2021, come sostenuto dalla Commissione europea ("*Notice to Stakeholders - Withdrawal of the United Kingdom and EU Rules in the field of civil justice and private international law*", 27 agosto 2020, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/brexit_files/info_site/civil_justice_en.pdf, p. 9: "*The United Kingdom has expressed its intention to accede in its own right to the 2005 Hague Convention on Choice of court agreements after the end of the transition period. The Convention will apply between the EU and the United Kingdom to exclusive choice of court agreements concluded after the Convention enters into force in the United Kingdom as party as its own right to the Convention*").

2. L'inapplicabilità del regime di Lugano e la sorte della Convenzione di Bruxelles del 1968 nei rapporti con il Regno Unito

10. Ugualmente inapplicabile al contenzioso in esame risulta il c.d. regime di Lugano, che ha progressivamente esteso ai rapporti con Islanda, Norvegia e Svizzera la disciplina europea in materia di competenza giurisdizionale, nonché di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in ambito civile e commerciale, originariamente prevista dalla Convenzione di Bruxelles e successivamente dal Regolamento Bruxelles I.

11. Per quanto concerne la Convenzione di Lugano del 1988, va rilevato che, come sottolineato dalla dottrina¹⁴, tale trattato va considerato estinto sul piano internazionale, ai sensi dell'art. 59 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati¹⁵, in quanto integralmente sostituito dalla successiva Convenzione di Lugano del 2007¹⁶. In ogni caso, giova rilevare che anche coloro che dubitano dell'avvenuta caducazione della Convenzione del 1988 sulla base del predetto argomento ne escludono comunque una possibile riviviscenza, alla luce dell'art. 216, par. 2, TFUE¹⁷.

12. Analogamente, deve allo stato escludersi l'applicabilità della Convenzione di Lugano del 2007, sebbene per una diversa ragione. Il Regno Unito era divenuto parte contraente della Convenzione in virtù della sua appartenenza all'allora Comunità europea¹⁸. A seguito del recesso dall'Unione europea, gli accordi internazionali conclusi dall'Unione (e, anteriormente, dalla Comunità) hanno cessato di produrre effetti nei confronti del Regno Unito, con la conseguenza che la Convenzione di Lugano del 2007 potrà tornare applicabile solo in caso di una autonoma adesione del Regno Unito alla stessa. Il combinato disposto degli artt. 70 e 72 della Convenzione di Lugano del 2007 prevede che possano aderire alla Convenzione, successivamente alla sua entrata in vigore, gli Stati che divengano membri dell'Associazione europea di libero scambio (AELS), nonché — previo consenso unanime delle parti contraenti — gli Stati terzi che ne facciano richiesta. Considerate, da un lato, la posizione assunta dal Regno Unito, che ha escluso l'adesione all'AELS in ragione delle rilevanti implicazioni che tale scelta comporterebbe, in particolare in relazione alle libertà di circolazione¹⁹, e, dall'altro lato, l'atteggiamento sinora non favorevole dell'Unione europea rispetto alla domanda di adesione alla Convenzione presentata dal Governo britannico²⁰, non appare verosimile che, nel breve periodo, tale adesione possa perfezionarsi²¹.

¹⁴ V., *inter alia*, P. BERTOLI, "La "Brexit" e il diritto internazionale privato e processuale", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2017, p. 612.

¹⁵ Ai sensi di tale norma: "1. Si ritiene che un trattato abbia avuto termine qualora tutte le parti del trattato abbiano concluso successivamente un trattato sullo stesso argomento e: a) se risulta dal trattato successivo od è in altro modo accertato che era intenzione delle parti di regolare la materia in questione con tale trattato; o b) se le disposizioni del trattato successivo sono incompatibili con quelle dei trattati precedenti in modo tale che non sia possibile applicare due trattati contemporaneamente. 2. Il trattato precedente viene considerato semplicemente sospeso quando risulti dal trattato successivo o sia in altro modo accertato che questa era l'intenzione delle parti".

¹⁶ Come disposto dall'art. 69, n. 6, della Convenzione di Lugano del 2007: "Fatto salvo l'articolo 3, paragrafo 3, del protocollo n. 2, la presente convenzione sostituisce la convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, fatta a Lugano il 16 settembre 1988, a decorrere dalla data della sua entrata in vigore a norma dei paragrafi 4 e 5".

¹⁷ A. DICKINSON, "Back to the future: the UK's EU exit and the conflict of laws", *Journal of Private International Law*, 2016, pp. 206-207.

¹⁸ M. LEHMANN, D. ZETZSCHE, "Die Auswirkungen des Brexit auf das Zivil- und Wirtschaftsrecht", *Juristen Zeitung*, 2017, pp. 70-71.

¹⁹ B. HESS, "The Unsuitability of the Lugano Convention (2007) to Serve as a Bridge between the UK and the EU after Brexit", *MPILux Research Paper Series*, 2018(2), p. 4, *sub* nota 6.

²⁰ Si veda la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio relativa alla valutazione della domanda del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord di aderire alla convenzione di Lugano del 2007, consultabile alla pagina web: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0222>.

²¹ Per una prognosi negativa circa la possibilità che la Convenzione di Lugano diventi in futuro il regime internazionale privato di riferimento per quanto concerne la disciplina della giurisdizione e il riconoscimento delle decisioni in materia civile e commerciale nei rapporti tra Regno Unito e Unione v. F. RAGNO, "London fog: fuga dal contenzioso commerciale internazionale verso porti più sicuri?", *Federalismi.it*, 21 ottobre 2020, pp. 163-164.

13. Premesso ciò, appare ora necessario soffermarsi sulla possibilità che l'*electio fori* a favore dei tribunali inglesi individuabile negli ISDA Master Agreements possa essere soggetta all'art. 17 della Convenzione di Bruxelles del 1968. Sebbene autorevole dottrina²², nell'affrontare il tema dell'impatto della Brexit sul contenzioso civile e commerciale, escluda l'ipotesi di una reviviscenza di tale Convenzione – negli anni sostituita prima dal Regolamento Bruxelles I e, successivamente, dal Regolamento Bruxelles I *bis* – la questione va approfondita in quanto la Convenzione è tutt'ora in vigore sul piano internazionale, vista la sua perdurante applicabilità nei territori d'oltremare di Francia e Olanda, non soggetti ai Regolamenti che hanno “comunitarizzato” la Convenzione ai sensi dell'art. 355 TFUE/299 TCE²³.

14. Muovendo dalla ininterrotta vigenza della Convenzione di Bruxelles del 1968, ancorché su circoscritte porzioni di territorio, alcuni autori stranieri hanno propugnato una sua riespansione *post* Brexit²⁴. Tale tesi, però, non pare persuasiva. Se è certamente vero che la suddetta Convenzione non è, dal punto di vista formale, un accordo internazionale stipulato dalla Comunità/Unione per conto degli Stati membri e quindi la sua applicabilità non può considerarsi automaticamente cessata nel Regno Unito (e nei rapporti con il Regno Unito) *ex art.* 50 del TUE²⁵, è tuttavia innegabile che la Brexit abbia inciso sulle sorti di tale strumento alla luce del principio di diritto internazionale generale *rebus sic stantibus*.

15. Come noto, tale principio, così come codificato nell'art. 62 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati²⁶, prevede che un mutamento fondamentale delle circostanze costituisca una causa di estinzione dei trattati internazionali al ricorrere di due presupposti: che le circostanze in questione abbiano “*costituito la base essenziale del consenso delle parti a vincolarsi al trattato*” e che il mutamento trasformi “*radicalmente la portata degli obblighi che rimangono da adempiere in base al trattato*”.

16. Orbene, come univocamente sottolineato dalla dottrina italiana²⁷ e da autorevoli autori stranieri²⁸, il volontario recesso del Regno Unito dall'Unione, potendo qualificarsi come un mutamento fondamentale delle circostanze ai sensi di tale norma, ha determinato l'estinzione della Convenzione di Bruxelles del 1968. Siffatta Convenzione, alla quale il Regno Unito ha aderito successivamente al suo ingresso nella CEE stipulando una Convenzione di adesione con gli Stati CEE originariamente contraenti²⁹, è stata conclusa dai sei Stati fondatori della CEE (Belgio, Francia, Italia, Lussemburgo,

²² A. DAVI, A. ZANOBBETTI, “Brexit: lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale all'alba dell'exit day”, *Federalismi.it*, n. 4/2020, p. iv ss.

²³ Cfr. art. 68 Regolamento del Bruxelles I *bis* e art. 68 del Regolamento Bruxelles I. Circa la perdurante vigenza della Convenzione di Bruxelles sul piano internazionale v., in giurisprudenza, Cass. S.U. 21 ottobre 2009, n. 22239.

²⁴ J. UNGERER, “Consequences of Brexit for European Private International Law”, *European Papers*, 2019, 4, p. 397; S. Masters, B. Mcrae, “What Does Brexit Mean for the Brussels Regime?”, *Journal of International Arbitration*, 2016, p. 493; A. Dickinson, “Back to the future: the UK's EU exit and the conflict of laws”, *cit.*, pp. 206-207; M. Lehmann, D. Zetzsche, “Die Auswirkungen des Brexit auf das Zivil- und Wirtschaftsrecht”, *cit.*, p. 70.

²⁵ In questo senso v., approfonditamente, J. ALBERTI, “La (discutibile) reviviscenza delle Convenzioni di Bruxelles e Roma nei rapporti con il Regno Unito in seguito alla Brexit”, *Eurojus*, 2019, p. 46 ss.

²⁶ Sulla natura consuetudinaria della clausola *rebus sic stantibus* v. CIG 25 settembre 1997, *Progetto Gobacikovo-Nagymaros (Ungheria/Slovacchia)*, in *C.I.G. Racc.* 1997, p. 7, punti 46, 99 e 104; CIG 2 febbraio 1973, *Competenza in materia di pesca (Regno Unito/Islanda)*, in *C.I.G. Racc.* 1973, p. 3, punto 36; CIG 2 febbraio 1973, *Competenza in materia di pesca (Repubblica federale di Germania /Islanda)*, in *C.I.G. Racc.* 1973, p. 49, punto 36. In questo senso v. anche, nella giurisprudenza europea, CGCE 16 giugno 1998, *A. Racke GmbH & Co. c. Hauptzollamt Mainz*, C-162/96, ECLI: ECLI:EU:C:1998:293, punto 23. *Per un approfondimento sul tema v., in dottrina, G. PASCALE, Il mutamento delle circostanze nel diritto dei trattati, Napoli, 2018.*

²⁷ J. ALBERTI, “La (discutibile) reviviscenza delle Convenzioni di Bruxelles e Roma nei rapporti con il Regno Unito in seguito alla Brexit”, *cit.*, p. 51 ss.; M. TORSSELLO, “Transnational Commercial Disputes in Europe. Will International Commercial Arbitration Remain Unaffected?”, in M. C. BARUFFI, M. ORTINO (A CURA DI), *Dai Trattati di Roma a Brexit e oltre*, Bari, 2018, p. 95; P. Bertoli, “La “Brexit” e il diritto internazionale privato e processuale”, *cit.*, p. 606 ss.; C. CONSOLO, M. STELLA, “L'influenza di Brexit, a breve e nel medio termine, sulla litigation in materia civile e commerciale nel legal hub londinese, ultimo baluardo dell'Impero”, *Int'l Lis*, 2016, p. 58.

²⁸ G. RÜHL, “Judicial Cooperation in Civil and Commercial Matters after Brexit: Which Way Forward?”, *International & Comparative Law Quarterly*, 2018, p. 107; E. LEIN, “Uncharted Territory? A Few Thoughts on Private International Law post Brexit”, *Yearbook of Private International Law*, 2015, p. 43.

²⁹ Convenzione di Lussemburgo del 9 ottobre 1978 relativa all'adesione del Regno di Danimarca, dell'Irlanda e del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, in G.U.C.E., 30 ottobre 1978, L 304, p. 1 ss.

Olanda e Repubblica Federale di Germania) al fine di realizzare uno degli obiettivi sanciti dall'art. 220 del Trattato CEE, ovvero la semplificazione delle procedure di reciproco riconoscimento e di reciproca esecuzione delle pronunce giudiziali a beneficio dei propri cittadini.

17. Agli albori del processo di integrazione europea l'uniformazione delle norme di diritto internazionale privato si fondava sulla cooperazione intergovernativa³⁰. In questo contesto la Convenzione di Bruxelles si connotava come strumento "internazionale" intrinsecamente connesso e funzionale a "finalità comunitarie", tanto da poter essere definita come una "convenzione comunitaria"³¹ o, ancora, una "*European Law of Procedure*". La dimensione comunitaria della Convenzione si coglie chiaramente non solo dal suo Preambolo, ma anche dal disposto del suo art. 63; i *conditores*, in tale norma, avevano sottolineato che ogni Stato che aspirasse a diventare membro della CEE avrebbe avuto l'obbligo "*di accettare che la Convenzione fosse presa come base per i negoziati necessari ad assicurare l'applicazione dell'ultimo comma dell'articolo 220 del Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea nei rapporti tra gli Stati contraenti e detto Stato*".

18. A conferma del fatto che il regime convenzionale possa considerarsi "*facente corpo (...) con il diritto comunitario*"³², va inoltre ricordato che nel 1971, al fine di promuovere l'uniformità applicativa delle nuove norme uniformi, venne sottoscritto un protocollo – al quale il Regno Unito ha aderito con la richiamata Convenzione di adesione – attraverso cui si è attribuita alla Corte di giustizia competenza ad interpretare in via pregiudiziale la Convenzione medesima³³. Come sottolineato in dottrina, detta competenza interpretativa ha costituito "*un fattore di primaria importanza ai fini, non solo dell'interpretazione uniforme della Convenzione di Bruxelles, ma anche della costruzione del sistema da essa derivante attraverso la valorizzazione e lo sviluppo della finalità e portata dei singoli principi. Attraverso l'opera svolta in tale sede la Corte ha potuto contribuire alla valorizzazione dei nessi sistematici che intercorrono tra convenzione e sistema comunitario nel suo insieme sia sotto il profilo degli obiettivi, sia sotto quello degli strumenti, sviluppando i fattori che consentono di affermare l'appartenenza a pieno titolo della prima al secondo*"³⁴.

19. Alla luce dei rilievi sopra esposti, appare evidente che i presupposti di applicazione dell'art. 62 della Convenzione di Vienna del 1969 sono soddisfatti nel caso di specie. La partecipazione del Regno Unito alla Comunità/Unione costituisce "*il presupposto della sua partecipazione alla Convenzione di Bruxelles*"³⁵ e al Protocollo del 1971 e il suo venir meno altera completamente il contenuto degli obblighi assunti tra gli Stati contraenti. Con la Brexit viene meno il principio di fiducia reciproca che è

³⁰ La cd. comunitarizzazione del diritto internazionale privato, come noto, è stata attuata dal Trattato di Amsterdam, che ha trasferito il settore della cooperazione giudiziaria in materia civile (che presenti implicazioni transfrontaliere) dal terzo - dove era stato originariamente collocato ai sensi dell'art. K.1 del Trattato di Maastricht - al primo pilastro ed ha conseguentemente attribuito alla Comunità, per quanto necessario al corretto funzionamento del mercato interno e nel rispetto dei principi di proporzionalità e sussidiarietà, potestà legislativa al riguardo [artt. 61, lett. c) e 65 del Trattato CE].

³¹ In tal senso cfr. Conclusioni dell'avv. Mayras, 9 novembre 1976, Causa 42/76, *Jozef de Wolf c. Harry Cox BV*, ECLI:EU:C:1976:145. Nella giurisprudenza italiana v. Cass. Sez. I 18 giugno 1987, n. 5354. Considera la Convenzione di Bruxelles parte del diritto comunitario L. MARI, *Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles. Il sistema della competenza*, I, Padova, 1999, p. 52 ss. In senso contrario, però, v. G. GAJA, "Sui rapporti fra la Convenzione e le altre norme concernenti la giurisdizione e il riconoscimento delle sentenze straniere", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1991, p. 259 ss.

³² Cfr. P. MENGOZZI, "L'interpretazione della Convenzione di Bruxelles e i principi del diritto comunitario", in *Jus*, 1990, p. 92.

³³ Protocollo del 3 giugno 1971 relativo all'interpretazione da parte della Corte di Giustizia, in G.U.C.E., 2 agosto 1975, L 204, p. 28.

³⁴ Cfr. R. LUZZATTO, "Giurisdizione e competenza nel sistema della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968", *Jus*, 1990, p. 16.

³⁵ Cfr. P. BERTOLI, "La "BREXIT" e il diritto internazionale privato e processuale", cit., p. 608. Per osservazioni analoghe v. C. CONSOLO, M. STELLA, "L'influenza di Brexit, a breve e nel medio termine, sulla litigation in materia civile e commerciale nel legal hub londinese, ultimo baluardo dell'Impero", cit., p. 58: "*Una volta venuto meno l'assunto di fondo di tale Conv., ossia il mutuo impegno già previsto in nuce dai Trattati a semplificare crescentemente le formalità d'ostacolo alla circolazione delle decisioni, è quanto meno dubbio che tale strumento convenzionale potrà continuare a vincolare, su salde basi di reciprocità, gli Stati contraenti ancora appartenenti alla UE nei confronti del Regno Unito*".

alla base del sistema convenzionale³⁶ e quell'impianto sistematico volto a garantire un'uniformità interpretativa che è essenziale per l'effettività del sistema nel suo complesso³⁷.

20. Che una perdurante valenza della Convenzione di Bruxelles del 1968 *post* Brexit non sia concepibile è, inoltre, confermato dalla posizione assunta dalle istituzioni britanniche al riguardo. La sec. 82 del *Civil Jurisdiction and Judgments (Amendment) (EU Exit) Regulations* 2019 ha chiaramente indicato che l'applicabilità della Convenzione di Bruxelles, nel Regno Unito, è cessata al momento dell'*exit day*³⁸ e ciò – come comunicato dal Governo del Regno Unito al Consiglio dell'Unione europea – “*as a consequence of the United Kingdom ceasing to be a Member State of the European Union and of the end of the Transition Period*”³⁹. Tale dato, se letto alla luce dell'art. 68 del Regolamento Bruxelles I *bis*/Regolamento Bruxelles I, non pare affatto insignificante in quanto supporta la tesi secondo cui la Convenzione di Bruxelles del 1968 può considerarsi estinta anche ai sensi dell'art. 54(1)(b) della Convenzione di Vienna del 1969⁴⁰. Tale norma, nel subordinare l'estinzione di un trattato al consenso delle parti contraenti, non sembra postulare l'osservanza di formalità particolari tanto che, ai fini della sua operatività, si ammette anche la possibilità che gli Stati manifestino un consenso implicito⁴¹.

3. L'efficacia delle clausole di scelta del foro negli ISDA Master Agreements alla luce della legge n. 218/1995

21. Esclusa l'applicabilità, da parte del giudice italiano, del regime di Lugano e della Convenzione di Bruxelles in relazione a clausole di proroga della giurisdizione a favore delle corti inglesi, ne consegue che la disciplina degli accordi di scelta del foro in esame debba essere individuata nell'art. 4, comma 2, della legge n. 218/1995.

22. Come noto, tale disposizione subordina l'ammissibilità della derogabilità pattizia della giurisdizione italiana, *inter alia*, al requisito della disponibilità dei diritti oggetto della lite, nonché alla validità dell'accordo di proroga. Orbene, se l'area dell'indisponibilità deve essere riferita a “*interessi protetti da norme inderogabili, la cui violazione determini una reazione dell'ordinamento svincolata da qualsiasi iniziativa di parte*”⁴², controversie aventi ad oggetto operazioni in strumenti finanziari derivati concluse da enti territoriali — in ragione della loro incidenza su interessi pubblici e sugli equilibri di finanza pubblica —, potrebbero considerarsi concernere diritti indisponibili⁴³.

³⁶ CGCE 9 dicembre 2003, C-116/02, *Erich Gasser GmbH c. MISAT Srl*, ECLI:EU:C:2003:657, punto 72: “*la Convenzione di Bruxelles si basa necessariamente sulla fiducia che gli Stati contraenti accordano reciprocamente ai loro sistemi giuridici e alle loro istituzioni giudiziarie. Questa fiducia reciproca ha consentito la creazione di un sistema obbligatorio di competenza, che tutti i giudici che rientrano nel campo di applicazione della convenzione sono tenuti a rispettare, e la correlativa rinuncia da parte di questi stessi Stati alle loro norme interne di riconoscimento e di delibazione delle sentenze straniere a favore di un meccanismo semplificato di riconoscimento e di esecuzione delle decisioni giudiziarie*”.

³⁷ CGCE 27 aprile 2004, *Gregory Paul Turner c. Felix Fareed Ismail Grovit, Harada Ltd e Changepoint SA*, C-159/02, ECLI:EU:C:2004:228, punto 25: “*inerisce a tale principio di reciproca fiducia il fatto che, nell'ambito di applicazione della Convenzione, le norme di competenza della Convenzione, che valgono per tutti i giudici degli Stati contraenti, possono venire interpretate ed applicate con pari autorità da ciascuno di essi*”.

³⁸ Il testo della norma è reperibile alla pagina web: <https://www.legislation.gov.uk/ukxi/2019/479/regulation/82/made>.

³⁹ Al riguardo si veda la pagina web: <https://conflictoflaws.net/2021/uk-notifies-that-it-considers-the-brussels-and-rome-convention-to-no-longer-apply-to-it>.

⁴⁰ Richiama l'art. 54 della Convenzione di Vienna del 1969 anche B. HESS, “*Back to the Past: BREXIT und das europäische internationale Privat- und Verfahrensrecht*”, *IPRax*, 2016, p. 417.

⁴¹ T. GIEGERICH, “ART. 54”, in O. DÖRR, K. SCHMALENBACH (a cura di), *Vienna convention on the law of treaties: a commentary*, Berlino, 2018, pp. 1028-1029.

⁴² Cfr. Cass. Sez. I 30 settembre 2019, n. 24444; Cass. Sez. VI 16 aprile 2018, n. 9344; Cass. Sez. I 12 settembre 2011, n. 18600.

⁴³ Per analoghi rilievi v. A. DE LUCA, “*Derivati, Enti Locali e diritto internazionale privato: soluzioni ad un problema mai previsto*”, consultabile alla pagina web: <http://www.diritto.it/pdf/27748.pdf>.

23. In tale prospettiva, il giudice italiano, a fronte della scelta del diritto inglese quale legge applicabile al contratto, potrebbe sentire legittimato a disconoscere l'effetto di deroga delle clausole di scelta del foro *de quibus* al fine di prevenire l'elusione di norme di applicazione necessaria della legge italiana o al fine di evitare che si addivenga all'emanazione di una decisione che non sarebbe riconoscibile/eseguibile in Italia per contrarietà all'ordine pubblico.

24. Pur a fronte delle perplessità che un giudizio prognostico fondato sul contenuto del diritto applicabile ha suscitato sul piano metodologico, un simile approccio è stato nondimeno prospettato, in relazione a materie diverse, sia dalla giurisprudenza straniera⁴⁴ sia dalla dottrina⁴⁵. Come è stato sottolineato, *“qualora (...) in funzione dei contenuti della domanda dell'attore e dell'appartenenza del giudice straniero designato ad un ordinamento giuridico nell'ambito del quale non sono fornite adeguate garanzie in merito all'operatività della normativa di applicazione necessaria (o di altra ad essa sostanzialmente conforme) rilevante nell'ordinamento italiano ai fini della soluzione della controversia, la deroga alla giurisdizione italiana dovrà ritenersi invalida, ai sensi dell'art. 4, in quanto, altrimenti, in virtù di essa di fatto si disporrebbe di diritti che «per loro natura o per espressa disposizione di legge» sono «sottratti alla disponibilità delle parti»*⁴⁶. All'interno di questo filone dottrinale è rinvenibile anche la posizione di chi suggerisce che possa conferirsi efficacia ad un accordo di deroga alla giurisdizione italiana, ex art. 4, comma 2°, della legge n. 218/1995 allorché si preveda che *“il giudice straniero emetterà una decisione non riconoscibile in Italia, perché non rispondente ad uno qualunque dei requisiti prescritti nell'art. 64 della legge n. 218/95”*⁴⁷.

25. Premesso quanto sopra, deve tuttavia rilevarsi come la giurisprudenza italiana si sia orientata in senso non conforme alla prospettiva sin qui delineata. In tal senso assumono rilievo le considerazioni svolte dalla Corte di Cassazione proprio con riferimento a una controversia avente ad oggetto strumenti finanziari derivati: *“l'eventuale contrarietà all'ordine pubblico interno integra un limite all'applicabilità della legge straniera da parte del giudice italiano, ma non incide sul criterio di determinazione della giurisdizione, l'individuazione della quale precede sul piano logico quella della legge applicabile, non potendosi del resto presumere che la futura pronuncia del giudice straniero si porrà in concreto contrasto con la norma italiana di ordine pubblico (Sez. un. n. 9433 del 1997); il medesimo principio non può non valere anche in presenza di una controversia che chiama potenzialmente in causa norme di applicazione necessaria dell'ordinamento italiano (nell'accezione dianzi richiamata), tanto più quando la proroga della giurisdizione è destinata ad operare in favore del giudice di altro paese collocato in un'area di diritto armonizzato quale è quella comunitaria”*⁴⁸.

⁴⁴ Oberster Gerichtshof (Corte suprema austriaca) 1° marzo 2017, 5 Ob 72/16y, *IPRax - Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2018, p. 532; Bundesgerichtshof (Corte di Cassazione tedesca) 5 settembre 2012, in *Internationales Handelsrecht*, 2013, p. 35; Cour de Cassation (Corte di Cassazione belga) 3 novembre 2011, consultabile alla pagina web: http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20111103-3; Cour de Cassation (Corte di Cassazione belga), 14 gennaio 2010, PAS 2010, I, No. 12; Cour de Cassation (Corte di Cassazione belga), 16 novembre 2006, PAS. 2006, I, No. 11; *Accentuate Ltd. c. Asigra Inc.* [2009] EWHC 2655 (QB).

⁴⁵ Cfr. C. KOHLER, *Agreements Conferring Jurisdiction on Courts of Third States*, cit., p. 213; P. BIAVATI, “Deroghe alla giurisdizione statale e fungibilità dei sistemi giudiziari”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2009, p. 542, nonché gli autori citati infra.

⁴⁶ S. M. CARBONE, “Art. 4 legge n. 218/1995”, *Le Nuove leggi civili commentate*, 1996, pp. 926-927. Per una sentenza italiana che dal carattere di imperatività “internazionale” della norma che garantisce all'agente commerciale l'indennità di fine rapporto ha fatto discendere l'indisponibilità del diritto *de quo* e, quindi, l'inderogabilità della giurisdizione stante il disposto dell'art. 4, comma 2°, della legge 218/1995 v. Cass. S.U. 30 giugno 1999, n. 369.

⁴⁷ I. QUEIROLO, *Gli accordi sulla competenza giurisdizionale*, cit., p. 267.

⁴⁸ Cfr. Cass. S.U. 20 febbraio 2007, n. 3841. In senso sostanzialmente conforme v., nella giurisprudenza italiana, Cass. S.U. 12 luglio 2019, n. 18832; Cass. Sez. VI 16 aprile 2018, n. 9344; Cass. S.U. 25 settembre 1997, n. 9433, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1990, p. 60 ss. e, nella giurisprudenza francese, v. Cour de Cassation (Corte di Cassazione francese) 22 ottobre 2008, n. 07-15283, *Revue critique de droit international privé*, 2009, p. 69; Cour de Cassation (Corte di Cassazione francese) 21 gennaio 2004, *Revue critique de droit international privé*, 2004, p. 644 ss. In dottrina sia permesso rinviare a F. RAGNO, “Norme di applicazione necessaria come limite all'accesso alla giustizia arbitrale internazionale?”, in G. CONTALDI, F. MARONGIU BUONAIUTI, I. PAPA, A. ZANOBETTI (EDS.), *Liber amicorum Angelo Davì*, II Vol., ESI, 2019, p. 2015 ss.

4. La verifica circa la portata esclusiva e gli effetti di deroga delle clausole giurisdizionali contenute negli ISDA Master Agreements

26. Premessa l'assoggettabilità degli accordi di scelta del foro in esame all'art. 4, comma 2°, della legge n. 218/1995, è d'uopo a questo punto chiedersi se un giudice italiano, chiamato a individuare portata applicativa ed effetti, possa considerarle quali clausole esclusive e, in quanto tali, atte a precludere l'esercizio della sua giurisdizione.

27. La questione impone un esame del tenore letterale delle clausole giurisdizionali cristallizzate nella versione 1992, e versione 2002 degli ISDA Master Agreements che di norma disciplinano i derivati oggetto del contenzioso in oggetto. La sec. 13(b)(i) dell'ISDA Master Agreement versione 1992, proroga la giurisdizione "*of the English courts, if this Agreement is expressed to be governed by English law, or to the non-exclusive jurisdiction of the courts of the State of New York and the United States District Court located in the Borough of Manhattan in New York City, if this Agreement is expressed to be governed by the laws of the State of New York*", mentre la sec. 13(b)(ii) precisa che "*(n)othing in this Agreement precludes either party from bringing Proceedings in any other jurisdiction (outside, if this Agreement is expressed to be governed by English law, the Contracting States, as defined in Section 1(3) of the Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982 or any modification, extension or re-enactment thereof for the time being in force) nor will the bringing of Proceedings in any one or more jurisdictions preclude the bringing of Proceedings in any other jurisdiction*". La sec. 13 dell'ISDA Master Agreement 2002, di contro, prevede, *ex sec. 13(b)(i)*, che "*if this Agreement is expressed to be governed by English law (...)the non-exclusive jurisdiction of the English courts if the Proceedings do not involve a Convention Court and the exclusive jurisdiction of the English courts if the Proceedings do involve a Convention Court*" e "*if this Agreement is expressed to be governed by the laws of the State of New York*", "*the non-exclusive jurisdiction of the courts of the State of New York and the United States District Court located in the Borough of Manhattan in New York City*".

28. Appare evidente che l'esclusività della clausola, e quindi la sua capacità di precludere ai fori non prorogati l'esercizio della giurisdizione, sia affermata solo alla duplice condizione che il contratto sia assoggettato al diritto inglese e la controversia sia connessa a "*Contracting States, as defined in Section 1(3) of the Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982 or any modification*", ossia a "*Convention States*". Posto che la formulazione utilizzata nelle clausole in esame intendeva valorizzare la partecipazione alla Convenzione di Bruxelles e alla Convenzione di Lugano⁴⁹, deve ritenersi che un giudice italiano – chiamato a valutare i presupposti della propria giurisdizione al momento dell'instaurazione della lite *ex art. 8* della legge n. 218/1995 e *art. 5 c.p.c.* – non debba tanto interrogarsi sulla qualità dell'Italia quale Stato contraente di tali Convenzioni⁵⁰ (o sulla sua originaria partecipazione alle stesse), quanto piuttosto verificare se tali strumenti, ispirati a una logica di reciprocità, siano, alla data di proposizione della domanda, effettivamente idonei a disciplinare l'*enforcement* di accordi di scelta del foro a favore dei tribunali del Regno Unito. Gli argomenti precedentemente svolti indicano che così non è.

⁴⁹ La Section 1(3) of the Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982 (nella versione attualmente vigente) dispone che "Contracting State means— (a)one of the original parties to the 1968 Convention (Belgium, the Federal Republic of Germany, France, Italy, Luxembourg and The Netherlands); or (b)one of the parties acceding to that Convention under the Accession Convention (Denmark, the Republic of Ireland and the United Kingdom), or under the 1982 Accession Convention (the Hellenic Republic), or under the 1989 Accession Convention (Spain and Portugal), being a state in respect of which the Accession Convention has entered into force in accordance with Article 39 of that Convention, or being a state in respect of which the 1982 Accession Convention has entered into force in accordance with Article 15 of that Convention, or being a state in respect of which the 1989 Accession Convention has entered into force in accordance with Article 32 of that Convention, as the case might be." Di contro, la Section 14 dell'ISDA Master Agreement 2012 chiarisce che "Convention Court means any court which is bound to apply to the Proceedings either Article 17 of the 1968 Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters or Article 17 of the 1988 Lugano Convention on Jurisdiction and the Enforcement in Civil and Commercial Matters".

⁵⁰ Per la tesi della portata non esclusiva delle clausole giurisdizionali contenute negli ISDA Master Agreement v., in dottrina, E. GIRINO, *I contratti derivati*, MILANO, 2010, II ed., p. 507 ss.

29. Una lettura non formalistica del presupposto di esclusività previsto dalle clausole in esame appare preferibile se si considera che, in conformità a una giurisprudenza costante, gli accordi di scelta del foro devono essere interpretati dal giudice italiano facendo applicazione dei canoni ermeneutici della *lex fori* e, in particolare, dell'art. 1362 c.c.; in tale prospettiva, al di là del dato meramente testuale⁵¹, emerge con chiarezza che l'intenzione delle parti, al momento della conclusione delle pattuizioni, fosse quella di subordinare l'efficacia derogatoria della designazione dei fori inglesi al presupposto che le possibili "corti rivali" fossero collocate all'interno dello spazio giudiziario europeo⁵².

30. Chiarito tale profilo, va in ogni caso segnalata che l'efficacia derogatoria delle clausole giurisdizionali contenute negli ISDA Master Agreements rispetto alla giurisdizione italiana dovrebbe in ogni caso essere vagliata alla luce delle questioni concretamente dedotte in giudizio. A questo proposito va evidenziato che la Suprema Corte, investita di un regolamento di giurisdizione promosso da un istituto di credito al fine di far accertare il difetto di giurisdizione dei giudici italiani rispetto ad un controversia che la vedeva contrapposta ad un Ente locale italiano, ha stabilito che le domande dell'Ente svolte in via principale e riguardanti l'asserito inadempimento da parte della Banca degli obblighi scaturenti dal contratto di consulenza e il risarcimento dei danni subiti dall'Ente a causa della lamentata violazione dei doveri di correttezza in fase pre-contrattuale andassero esaminate sotto il profilo giurisdizionale in modo autonomo⁵³.

31. La Corte di Cassazione, dopo aver ricordato che l'art. 13 del clausolario ISDA non si estende alle domande extracontrattuali e precontrattuali, ha rigettato la tesi della Banca secondo cui sarebbe stato necessario procedere a un'interpretazione estensiva dell'*electio fori* tale da escludere la sussistenza della giurisdizione italiana con riferimento alle controversie concernenti il rapporto di consulenza. Del pari, la Corte ha respinto le obiezioni relative alla configurabilità della giurisdizione del giudice italiano rispetto alle domande — proposte dai difensori dell'ente in via subordinata — di nullità e di risoluzione dei contratti di *interest rate swap*, sul rilievo che "la giurisdizione si determina in base alla domanda principale, restando a tal fine irrilevanti quelle subordinate"⁵⁴.

⁵¹ Propendono, di contro, per un'interpretazione letterale v. C. CONSOLO, M. STELLA, "L'influenza di Brexit, a breve e nel medio termine, sulla litigation in materia civile e commerciale nel legal hub londinese, ultimo baluardo dell'Impero", cit., p. 58: "(l)a clausola di proroga modello di cui allo «ISDA Master Agreement», divenuto tristemente noto a molti enti pubblici italiani, perché pressoché tutti i contratti per acquisto di derivati stipulati a ridosso della crisi finanziaria rimandano ad esso, è destinata a operare allorché la parte investitrice sia domiciliata in un Convention country, con ciò intendendosi uno qualunque degli Stati membri illo tempore stipulanti la Conv. Bruxelles e relativi seguiti".

⁵² Tale logica è stata ben evidenziata dalla giurisprudenza del Supremo Collegio. Al riguardo v. Cass. S.U. 20 febbraio 2007, n. 384, che nell'affermare, ai sensi del regolamento Bruxelles I, l'esclusività della giurisdizione dei fori inglesi prorogati nella sec. 13(b)(i) dell'ISDA Master Agreement 1992, ha precisato che la sec. 13(b)(ii) neghi "ogni possibilità di più fori dotati contemporaneamente di giurisdizione, se collocati in altri Stati aderenti alla Convenzione di Bruxelles (oggi vincolati dal regolamento Ce n. 44/2001), quando ricorra la competenza giurisdizionale delle corti inglesi per essere applicabile il diritto di quel paese; tale interpretazione, coerente con il tenore del comma 1 della medesima clausola, in quanto volta appunto a meglio definire l'ambito di esclusività della proroga di giurisdizione stabilita in favore del giudice inglese, è l'unica che riesca bene ad armonizzarsi con le previsioni del diritto comunitario comunitario (delle quali evidentemente i redattori della clausola hanno inteso tener conto, anche per questo distinguendo la posizione del giudice inglese da quello statunitense), rispettose dell'autonomia negoziale ma, nel medesimo tempo, anche ispirate all'esigenza di favorire l'individuazione di un unico e ben determinato foro competente, sul presupposto dell'equivalenza delle garanzie giurisdizionali vigenti nei differenti Stati membri, come chiaramente non solo si evince dall'originaria disposizione dell'art. 17 della Convenzione di Bruxelles, la quale imponeva senz'altro di considerare esclusiva la competenza giurisdizionale attribuita contrattualmente al giudice di uno Stato membro, ma anche dalla più blanda presunzione di esclusività della giurisdizione convenzionalmente prorogata, ora stabilita dall'art. 23 del citato regolamento n. 44/2001".

⁵³ Cass. S.U., 29 maggio 2023, n. 22895.

⁵⁴ In questo senso v. Cass. S.U. 27 febbraio 2012 n. 2926: "(s)i intende così dare continuità all'indirizzo di questa Corte secondo cui, qualora l'attore proponga nei confronti di un convenuto straniero una domanda principale ed una subordinata, la sussistenza della giurisdizione del giudice italiano va verificata con esclusivo riferimento alla domanda principale. Tale principio, operando a contrario, nel caso in esame - ove il Comune di Milano ha chiesto, in via principale, l'accertamento di una responsabilità extra-contrattuale delle banche convenute e, in via concorrente, l'accertamento della responsabilità contrattuale per violazione degli obblighi nascenti dai contratti di consulenza ed "arranging" - non può che comportare l'affermazione della giurisdizione del giudice italiano in relazione a tutte le domande svolte dall'ente territoriale"; sulla valenza

5. La localizzazione del domicilio del convenuto e la sua possibile incidenza sugli approdi finora raggiunti

32. Alla luce delle considerazioni che precedono, resta da verificare se e in quale misura la localizzazione del domicilio della controparte dell'ente territoriale sia idonea a incidere sugli esiti sinora raggiunti. Se, infatti, tale elemento non sembra rilevare ai fini dell'individuazione dei criteri ermeneutici da impiegare nella ricostruzione della portata della clausola, esso assume invece rilievo con riguardo al quadro normativo applicabile, imponendo un esame più approfondito.

33. Un primo scenario che merita considerazione è quello in cui l'intermediario finanziario convenuto dall'ente locale — di regola un istituto bancario — abbia il domicilio in uno Stato membro dell'Unione europea. In un siffatto caso valutare i possibili effetti derogatori degli accordi di scelta del foro dall'angolatura dell'art. 4, comma 2°, della legge n. 218/1995 significherebbe ammettere che il regolamento Bruxelles I *bis* lasci spazio all'applicazione delle norme nazionali residuali di diritto internazionale privato allorché il convenuto sia domiciliato in uno Stato membro. Una simile conclusione apparirebbe, *prima facie*, in stridente antinomia non solo con quanto espressamente previsto dallo stesso Regolamento⁵⁵, ma anche con il carattere obbligatorio e tendenzialmente esaustivo della disciplina europea in materia di competenza giurisdizionale⁵⁶.

34. Al fine di evitare una compressione dell'*effet utile* della normativa dell'Unione nei casi considerati, si potrebbe pertanto sostenere che la competenza giurisdizionale di un giudice validamente adito ai sensi del regolamento Bruxelles I *bis* non possa mai essere derogata mediante un atto di esercizio dell'autonomia privata che attribuisca rilievo alla giurisdizione di uno Stato terzo, al di fuori dell'ambito di operatività della Convenzione di Lugano o della Convenzione dell'Aja⁵⁷. Tale approccio — che sembra trovare un indiretto supporto sia in un passaggio del Parere 1/03 della Corte di giustizia, sia in una successiva pronuncia della medesima Corte, nella quale è stato affermato che il meccanismo della proroga tacita della competenza di cui all'art. 23 del regolamento Bruxelles I (corrispondente all'art. 26 del regolamento Bruxelles I *bis*) opera anche nell'ipotesi in cui le parti abbiano convenuto di attribuire la competenza internazionale ai giudici di uno Stato terzo⁵⁸ — condurrebbe, coerentemente, a ritenere superfluo ogni scrutinio delle clausole ISDA alla luce dell'art. 4, comma 2°, della legge n. 218/1995, qualora il giudice italiano risulti competente sulla base di uno dei criteri di giurisdizione cristallizzati nel regolamento Bruxelles I *bis*.

35. Pur potendo essere astrattamente sostenibile, la radicale tesi sopra richiamata può tuttavia, in alcune ipotesi applicative, condurre a un risultato problematico. In particolare, laddove la controversia coinvolga una parte domiciliata al di fuori dell'Unione europea, tale impostazione rischia di determinare un trattamento differenziato della medesima clausola di scelta del foro, che potrebbe essere ritenuta efficace qualora il giudizio fosse instaurato da una parte processuale e, al contrario, inefficace ove l'iniziativa giudiziaria provenisse dall'altra⁵⁹.

della domanda principale in funzione della verifica della giurisdizione v., anche, Cass. S.U. 11 giugno 2021, n. 16491; Cass. S.U. 18 dicembre 2020, n. 29107; Cass. S.U. 20 febbraio 2007, n. 3841.

⁵⁵ Ai sensi dell'art. 5, comma 1° del Regolamento Bruxelles I *bis* “(l)e persone domiciliate nel territorio di uno Stato membro possono essere convenute davanti alle autorità giurisdizionali di un altro Stato membro solo ai sensi delle norme di cui alle sezioni da 2 a 7 del presente capo”.

⁵⁶ Sul carattere obbligatorio delle norme del regime di Bruxelles v. CGCE 1° marzo 2005, *Owusu c. Jackson*, C-281/02, ECLI:EU:C:2005:120, punto 40; CGCE 13 luglio 2000, *Group Josi Reinsurance Company c. UGIC*, C-412/98, ECLI:EU:C:2000:399, punti 35-37.

⁵⁷ Cfr. R. Rossi, “Reflections on Choice-of-court Agreements in favour of Third States under Regulation (EU) No 1215/2012”, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2023, p. 583 ss.; F.C. VILLATA, *L'attuazione degli accordi di scelta del foro nel regolamento Bruxelles I*, Padova, 2012, pp. 199-201.

⁵⁸ CGUE 17 marzo 2016, *Taser International Inc. c. SC Gate 4 Business SRL e Cristian Mircea Anastasiu*, C-175/15, ECLI:EU:C:2016:176, punti 23-25.

⁵⁹ Si veda, in questo senso, G. PAILLI, *Autonomia privata e accordi sulla giurisdizione – Un'analisi comparata*, Milano, 2020, p. 131.

36. Parte della dottrina ha quindi avanzato la tesi secondo cui la designazione di fori extra-UE non sia idonea a incidere sull'applicazione dei fori esclusivi e inderogabili previsti dalla normativa europea⁶⁰, ma possa invece operare in deroga tanto al foro generale di cui all'art. 4 del regolamento quanto ai cosiddetti fori speciali, quali, ad esempio, il *forum contractus* o il foro della succursale⁶¹. Tale ricostruzione sembra anche supportata dalla Suprema Corte allorché rileva come “*il fatto che non sia espressamente considerata l'ipotesi della deroga di giurisdizione in favore di uno Stato terzo non significa che la norma comunitaria escluda che tale proroga possa legittimamente essere concordata tra le parti, ovviamente nei limiti in cui la volontà delle stesse possa derogare a tali competenze, non essendovi una ragione logica in questo caso per cui la proroga non possa intervenire anche a favore di giudici di Stato terzo. Si deve solo distinguere in questo caso tra effetto di deroga, disciplinato dalle norme comunitarie, ed effetto di proroga, sul quale tali norme non possono disporre e che è sottoposto alla legge del giudice prorogato*”⁶² e appare conciliabile con la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. Al di là del fatto che, nel periodo di vigenza della Convenzione di Bruxelles, i giudici del Kirchberg hanno espressamente rimesso l'attuazione delle clausole di proroga a favore di giudici di Stati non contraenti alle regole di diritto internazionale privato del foro adito⁶³, appare significativo che, sino ad oggi, la Corte si sia limitata a precisare che la designazione di uno Stato terzo non può essere utilizzata per eludere le limitazioni all'autonomia privata poste dal regime di Bruxelles a tutela di categorie particolarmente protette, quali i lavoratori subordinati⁶⁴.

III. La riconoscibilità/eseguibilità in Italia di decisioni inglesi in materia di derivati finanziari stipulati dagli Enti pubblici

37. Tralasciando – per esigenze di delimitazione dell'analisi – il tema del diritto applicabile al contenzioso in esame, un'ulteriore questione di diritto internazionale privato che può porsi dinanzi al giudice italiano – e che è stata recentemente portata all'attenzione della Suprema Corte – concerne la riconoscibilità e l'eventuale eseguibilità in Italia di decisioni rese da giudici inglesi in materia di strumenti finanziari derivati stipulati da Enti pubblici territoriali anteriormente al 2013 e che presentino profili di inconciliabilità con i principi normativi e giurisprudenziali rinvenibili nell'ordinamento italiano.

38. Anche tale profilo non può prescindere da una preliminare individuazione del regime normativo applicabile, operazione che risulta oggi particolarmente complessa alla luce dell'uscita del Regno Unito dall'Unione europea. Occorre infatti distinguere, in primo luogo, in base al momento di instaurazione del procedimento straniero, al fine di verificare l'eventuale applicabilità della disciplina eurounitaria in materia di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni giudiziarie, ovvero di strumenti convenzionali di derivazione internazionale tuttora vigenti nei rapporti tra Italia e Regno Unito, o, in via residuale, della normativa di diritto internazionale privato comune di cui agli artt. 64 ss. della legge n. 218 del 1995.

39. Solo all'esito di tale operazione ricostruttiva sarà possibile stabilire in base a quali disposizioni una decisione inglese in materia di derivati possa spiegare efficacia nell'ordinamento italiano, nonché individuare presupposti e limiti del suo riconoscimento, con particolare riguardo tanto ai profili connessi all'eventuale pendenza di procedimenti paralleli previamente instaurati dinanzi ai giudici italiani, quanto alla clausola di salvaguardia dell'ordine pubblico.

⁶⁰ C. KOHLER, “Agreements Conferring Jurisdiction on Courts of Third States”, in F. POCAR, I. VIARENGO, F.C. VILLATA (a cura di), *Recasting Brussels I*, Padova, 2012, p. 200.

⁶¹ In questo senso v., in particolare, P. MANKOWSKI, “Art. 25 Brüssel I-VO”, in T. RAUSCHER (a cura di), *Europäisches Zivilprozess-und Kollisionsrecht – EuZPR/EuIPR Kommentar*, Monaco di Baviera, 4° ed., 2016, p. 708, para. 16; I. QUEIROLO, “Gli accordi sulla competenza giurisdizionale tra diritto comunitario e interno”, cit., p. 198.

⁶² Cass. S.U. 14 febbraio 2011, n. 3568.

⁶³ CGCE 9 novembre 2000, *Coreck Maritime c. Handelsveem*, C-387/98, ECLI: ECLI:EU:C:2000:606.

⁶⁴ CGUE 19 luglio 2012, *Ahmed Mahamdia c. République algérienne démocratique et populaire*, C-154/11, ECLI:EU:C:2012:491.

1. Le Convenzioni dell'Aja del 2005 e del 2019: ambito di applicazione, portata e limiti.

40. A seguito della Brexit, le decisioni rese nell'ambito di procedimenti instaurati nel Regno Unito successivamente al 31 dicembre 2020 – data in cui è cessata l'ultrattività della disciplina unionale prevista dall'Accordo di recesso (art. 67, par. 2) – non sono più idonee a circolare nello spazio giudiziario europeo secondo il regime di *favor* delineato dal regolamento Bruxelles I-bis.

41. Esclusa, come già evidenziato, tanto la possibilità di una reviviscenza della Convenzione di Bruxelles del 1968 quanto l'applicabilità della Convenzione di Lugano, resta da verificare se, alla luce della portata residuale della legge n. 218/1995 (come emerge dal suo art. 2, comma 1⁶⁵), possano trovare applicazione strumenti normativi di derivazione internazionale ispirati a una logica di promozione della libera circolazione delle decisioni, quali la Convenzione dell'Aja del 2005 e, più recentemente, la Convenzione dell'Aja del 2019.

42. La già richiamata Convenzione dell'Aja del 2005 potrebbe, ad una prima lettura, apparire rilevante, poiché dall'art. 16, par. 2, potrebbe desumersi *a contrariis* che la disciplina uniforme trovi applicazione qualora il procedimento sia stato instaurato successivamente alla sua entrata in vigore nello Stato del giudice adito. Tale conclusione non può tuttavia essere condivisa, poiché trascura il disposto dell'art. 16, par. 1, il quale circoscrive l'ambito di applicazione della Convenzione ai soli accordi di scelta del foro esclusivi conclusi dopo la sua entrata in vigore per lo Stato del giudice prescelto.

43. Poiché il contenzioso in esame trae origine da accordi attributivi di giurisdizione conclusi in epoca ampiamente anteriore all'entrata in vigore della Convenzione nell'ordinamento dell'Unione europea (1° ottobre 2015), deve pertanto escludersi che una decisione resa da un giudice investito della controversia successivamente a tale data — ma fondata su un accordo di proroga anteriore — possa beneficiare del regime di circolazione previsto dalla Convenzione dell'Aja del 2005⁶⁶. Ciò nondimeno, merita di essere segnalato come parte della dottrina abbia avanzato la —non condivisibile— tesi, secondo cui, nella fase di riconoscimento di una decisione pronunciata dal giudice prorogato, la disciplina convenzionale dovrebbe trovare applicazione indipendentemente dalla data di entrata in vigore della Convenzione nell'ordinamento dello Stato del giudice prescelto.

44. Esclusa l'operatività della Convenzione dell'Aja del 2005, appare opportuno valutare la possibile rilevanza della Convenzione dell'Aja sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni straniere in materia civile e commerciale del 2019, entrata in vigore negli Stati membri dell'Unione europea il 1° settembre 2023. Tale Convenzione è stata ratificata dal Regno Unito il 27 giugno 2024 ed è divenuta applicabile, per tale (e nei confronti di tale) Stato, il 1° luglio 2025, con la conseguenza che, negli Stati membri dell'Unione europea (inclusa l'Italia), il relativo regime convenzionale può trovare applicazione solo in riferimento alle decisioni rese dai giudici inglesi che promanano da procedimenti instaurati successivamente a tale data.

⁶⁵ Ai sensi di tale norma “le disposizioni della presente legge non pregiudicano l'applicazione delle convenzioni internazionali in vigore per l'Italia”. Sulla portata meramente pedagogica di tale disposizione v. S. BARIATTI, “Art. 2 Legge n. 218/1995”, *Le Nuove leggi civili commentate*, 1996, p. 890.

⁶⁶ A favore di tale tesi si veda T. C. HARTLEY, M. DOGAUCHI, *Explanatory, Article 16-Report on the Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements* (hereinafter: the “Hartley/Dogauchi Report”), *Off print of the Proceedings of the Twentieth session, Tome III – Choice of court agreements*, 2005, sub para. 222: “(w)here the proceedings are in the State of the chosen court, the basic rule of Article 16(1) is the only rule applicable. However, where the proceedings are in another State (pursuant to Art. 6 or to the provisions on recognition and enforcement found in Chapter III), an additional rule, laid down in Article 16(2), must also be satisfied. Under this rule, the Convention will still not apply if the proceedings were instituted before the entry into force of the Convention for the State of the court seized. This means that, where proceedings are brought in a court other than the chosen court, the Convention will not apply unless both (a) the choice of court agreement was concluded after the Convention entered into force for the State of the chosen court and (b) the proceedings were instituted after the Convention entered into force for the State in which proceedings were brought”. In questo senso v., ANCHE, R. WAGNER, “Das Haager Übereinkommen vom 30.6.2005 über Gerichtsstandsvereinbarungen”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2009, p. 112.

45. Considerato che la materia dei derivati finanziari rientra nell'ambito di applicazione della Convenzione, appare opportuno soffermarsi sull'impatto che la disciplina convenzionale potrebbe produrre sull'efficacia, in Italia, di una decisione inglese che definisca un procedimento che abbia ad oggetto tali strumenti. Prima di esaminare tale aspetto, tuttavia, appare importante sottolineare come la Convenzione dell'Aja del 2019 non pregiudichi l'applicazione, da parte di uno Stato contraente, di trattati conclusi prima della convenzione stessa (art. 23, comma 2°). Ciò comporta che se nei rapporti tra Regno Unito e Italia si ritenesse ancora in vigore una risalente convenzione bilaterale del 1964 (su cui v. *infra*)⁶⁷, quest'ultima convenzione dovrebbe essere considerata prevalente.

46. Posto ciò, occorre chiarire che la Convenzione dell'Aja del 2019, nel perseguire l'obiettivo di facilitare la circolazione delle decisioni in un'ottica di rafforzamento della certezza del diritto nei rapporti internazionali, impone ai giudici degli Stati contraenti un vero e proprio obbligo giuridico di riconoscere, ed eventualmente dichiarare esecutive, le decisioni provenienti da un altro Stato contraente (Stato d'origine) e rientranti nel suo ambito di applicazione, qualora siano soddisfatti due requisiti. Da un lato, è necessario che il giudice straniero che ha pronunciato la decisione fosse competente a conoscere della controversia in base ai "filtri giurisdizionali" elencati all'art. 5; dall'altro, che non ricorrano motivi di rifiuto del riconoscimento ai sensi dell'art. 7.

47. In merito ai motivi di diniego del riconoscimento e dell'esecuzione cristallizzati nella disciplina uniforme, vale la pena sottolineare come l'art. 7, comma 2°, lett. b) richiami la pendenza, dinanzi al giudice dello Stato richiesto, di "*un procedimento tra le stesse parti avente lo stesso oggetto*, che sia stata previamente instaurato e che si fondi su una connessione stretta tra la controversia e lo Stato richiesto". Come emerge chiaramente dal tenore letterale della disposizione, la facoltà del giudice richiesto di opporre la previa pendenza di un giudizio in Italia è subordinata non soltanto all'identità delle parti, ma anche all'identità dell'oggetto del procedimento. La valutazione di tale requisito non può che essere compiuta *ex post*, tenendo tuttavia conto dell'esigenza – espressamente sottolineata nel Report esplicativo della Convenzione – di procedere a un'interpretazione estensiva della nozione in esame⁶⁸.

48. Del pari, va sottolineato che la Convenzione dell'Aja contempla, quale ulteriore motivo ostativo al riconoscimento o all'esecuzione delle decisioni straniere, l'ipotesi in cui tale riconoscimento o esecuzione risulti manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico dello Stato richiesto (art. 7, par. 1, lett. c). Sebbene il regime uniforme imponga di interpretare l'ordine pubblico come una valvola di sicurezza da applicarsi in casi eccezionali e solo al fine di scongiurare il prodursi di effetti intollerabili per l'ordinamento, non appare peregrino immaginare che un giudice italiano possa ergere tale limite di ingresso ad una sentenza straniera che affermi la validità e vincolatività di derivati di carattere speculativo e/o non preordinati ad una mera gestione dell'indebitamento dell'ente pubblico, ma ad un suo incremento (sul punto v. *infra*).

2. La possibile reviviscenza della Convenzione bilaterale del 1964 tra Italia e Regno Unito.

49. Definito l'impatto che la Convenzione dell'Aja del 2019 potrebbe esercitare sulla circolazione in Italia delle decisioni inglesi rese nell'ambito di procedimenti instaurati successivamente al 1°

⁶⁷ Convenzione fra l'Italia e il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord per il reciproco riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale, Roma, 7 febbraio 1964, emendata dal Protocollo di modifica del 14 luglio 1970 e resa esecutiva in Italia con L. 18.5.1973 n. 280. Il testo della convenzione è reperibile sul sito <http://it.ra.esteri.it>.

⁶⁸ F. GARCIMARTÍN, G. SAUMIER, *Explanatory Report on the Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters*, 2020, p. 123: "*The French version uses the expression *avant le même objet* to refer to the 'same subject matter'. These expressions are considered equivalent under the Convention and are meant to exclude the requirement that the two judgements involve exactly the same 'cause of action' as is required in the HCCH 2025 Choice of Court Convention. That approach was considered too restrictive in this Convention given the variety of causes of action in different States. The key element is that the 'central or essential issue' must be eligible for recognition and enforcement in the requested State, whether or not recognition or enforcement has been sought of*".

luglio 2025, va rilevato che, allo stato, la disciplina applicabile va individuata nella legge n. 218/1995, salvo che non s'intenga ancora operante una risalente convenzione bilaterale conclusa tra l'Italia e il Regno Unito in materia di riconoscimento ed esecuzione delle sentenze civili e commerciali⁶⁹. Sul punto si registrano opinioni divergenti in dottrina. Alcuni autori rilevano come l'ambito di operatività della Convenzione del 1964 sia stato essenzialmente eroso dal diritto internazionale europeo, ragione per cui un rinnovato vigore di tale trattato bilaterale richiederebbe il *"rinnovarsi della volontà pattizia da parte di entrambi i contraenti"*⁷⁰.

50. Di contro, altra parte della dottrina fa notare come il fatto che la Convenzione di Bruxelles (art. 55) e i Regolamenti di Bruxelles successivi (art. 69) abbiano sostituito, nei rapporti tra gli Stati contraenti/membri, la Convenzione *de qua*, determina una mera sospensione degli effetti di tale trattato ma non una sua estinzione sul piano internazionalpubblicistico.⁷¹

51. Ove si ritenesse maggiormente persuasiva la seconda delle tesi prospettate, dovrebbe concludersi che il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni dei tribunali inglesi rientranti nell'ambito di applicazione della Convenzione del 1964 siano da essa disciplinati, poiché la normativa uniforme, sebbene anteriore alla legge n. 218/1995, prevale sulle regole di diritto internazionale privato comune in forza del principio di specialità⁷² e dell'art. 2, comma 1, della legge n. 218/1995. Come sottolineato in dottrina, infatti, *"la legge interna (...) in mancanza di una esplicita volontà contraria del legislatore deve ritirarsi per far spazio all'applicazione delle norme contenute nelle convenzioni nelle materie da queste disciplinate: può ricordare all'interprete la loro esistenza, ma non dettare norme sui riconoscimenti reciproci, che non possono che consistere nel far salva l'applicazione delle norme di origine internazionale. La valutazione dell'ambito convenzionale, che deve essere effettuata in via preliminare, è volta a coordinare le disposizioni che vengono in considerazione in modo da garantire l'applicazione delle convenzioni a preferenza delle norme interne nel rispetto dell'obbligo internazionalmente assunto"*⁷³.

52. La questione dell'applicabilità del regime convenzionale o della legge n. 218/1995 al riconoscimento di una decisione inglese, emanata post-Brexit, in materia di derivati finanziari è stata sollevata dinanzi alla giurisprudenza di merito italiana nell'ambito di un procedimento promosso da un Ente locale nei confronti di una Banca straniera⁷⁴. In tale sede il tema controverso era la riconoscibilità in Italia di una sentenza inglese sulla giurisdizione (v. *infra*)⁷⁵. La Corte d'Appello di Brescia, nell'affermare l'efficacia della decisione nell'ordinamento italiano, si è astenuta dal prendere posizione su quale fosse la fonte normativa rilevante al caso di specie, reputando che *"la risoluzione in un senso o nell'altro della*

⁶⁹ Convenzione fra l'Italia e il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord per il reciproco riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale, Roma, 7 febbraio 1964, emendata dal Protocollo di modifica del 14 luglio 1970 e resa esecutiva in Italia con L. 18.5.1973 n. 280. Il testo della convenzione è reperibile sul sito <http://ittra.esteri.it>.

⁷⁰ B. CORTESE, "Brexit e diritto internazionale privato tra Roma, Bruxelles e Lugano: "How can i just let you walk away?", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2021, p. 167: *"(i)l fatto che un atto dell'Unione ne abbia disposto la sostituzione, lasciandole in vigore solo per limitati profili materiali ed intertemporali equivale, sul piano del diritto internazionale generale dei trattati, ad una modifica di quelle stesse convenzioni nel senso disposto dal Regolamento. Per estenderne nuovamente la portata occorrerebbe allora una nuova volontà pattizia internazionale. Ma ciò non potrebbe infine portare ad alcun risultato pratico, davanti ai giudici degli Stati membri, data la prevalenza comunque assicurata alle previsioni del Regolamento su un eventuale accordo concluso in violazione dello stesso"*.

⁷¹ A. DAVÌ, A. ZANOBBETTI, "Brexit: lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale all'alba dell'exit day", *cit.*, p. xi; P. BERTOLI, "La "Brexit" e il diritto internazionale privato e processuale", *cit.*, p. 616. Rimarca come la Convenzione del 1964 non sia stata integralmente sostituita dalla Convenzione di Bruxelles del 1968 ma sia rimasta applicabile in determinati territori di alcuni Stati europei Cass. Sez. I, 13 dicembre 1999, n. 13932.

⁷² Ricorre a tale argomento per giustificare la prevalenza della Convenzione del 1964 sull'art. 4, comma 2° del c.p.c. (allora applicabile *ratione materiae*) Cass. Sez. I, 25 settembre 1993, n. 9725. Sulla rilevanza del criterio di specialità perché si concreti la prevalenza dei trattati sulle leggi interne (anche posteriori) sul piano interpretativo v. B. CONFORTI, "Sulle recenti modifiche della costituzione italiana in tema di rispetto degli obblighi internazionali e comunitari", *Foro italiano*, 2002, p. 230.

⁷³ S. BARIATTI, "ART. 2 LEGGE N. 218/1995", *cit.*, p. 891.

⁷⁴ App. Brescia, 7 giugno 2024 (causa 629/2023).

⁷⁵ Dexia Crediop SpA v Provincia di Brescia [2023] EWHC 959 (Comm).

questione risulta tuttavia scarsamente significativa, ben potendosi pervenire al rigetto della domanda attorea anche facendo applicazione della disciplina in tema di diritto internazionale privato, di cui alla legge n. 218/1995, da essa invocata”.

53. Incline alla tesi dell’applicabilità della Convenzione del 1964 sembra, per contro, il giudice inglese che, in una pronuncia resa nell’ambito di uno dei molteplici procedimenti intentati in Inghilterra nei confronti di Enti locali italiani, ha fatto una prognosi di riconoscibilità della decisione inglese in Italia, valorizzando proprio tale normativa⁷⁶: “(i)n contrast, the view of Professor (...) is that a judgment of the English Court will be enforceable in Italy (and elsewhere) on the basis that Law no. 280/1973 applies following Brexit, which permits reciprocal enforcement of English judgments in Italy pursuant to the 1964 Bilateral Convention between Italy and the UK. The Bilateral Convention was given effect in English law as the Reciprocal Enforcement of Foreign Judgments (Italy) Order 1973, extending the Foreign Judgments (Reciprocal Enforcement) Act 1933 to Italy. On any view there is a good arguable case that Law no. 280/1973 applies given the views expressed by Professor (...) and the matters he relies upon in that regard. Dexia also points out that even if Article 64 were to be the applicable provision, the Italian and English proceedings are not identical and do not involve the same remedies. In such circumstances I am satisfied that there is a good argument that the «same subject» test in Article 64(1)(f) is not satisfied”.

54. Premesso quanto sopra, appare opportuno verificare se una sentenza inglese resa in materia di derivati finanziari possa rientrare nell’ambito di operatività della Convenzione del 1964 *ratione materiae* e *ratione temporis*. Posto che la Convenzione chiarisce che il termine “sentenza” designa “ogni decisione dell’Autorità Giudiziaria comunque denominata (sentenza, ordinanza e simili) che stabilisce in modo definitivo i diritti delle parti in causa, anche se soggetta tuttavia a gravame” (art. 1, comma 2°), la risposta a tale quesito sembra essere affermativa. Come si evince dall’art. II, comma 1°, della Convenzione, infatti, la disciplina uniforme potrebbe trovare applicazione alle sentenze rese, in materia civile commerciale, dopo l’entrata in vigore del trattato in questione.

55. Per quanto riguarda la circolazione delle decisioni soggette alla Convenzione⁷⁷, Regno Unito e Italia hanno convenuto di introdurre un meccanismo di reciproco riconoscimento automatico che prescinde da qualsiasi procedura formale ma viene meno allorché ricorrano i motivi ostativi di cui all’art. III, comma 1° e 2°.

56. Ai fini in esame, appaiono di particolare rilievo i motivi ostativi di cui all’art. III, comma 2°, lett. a) e lett. b) che legittimano il giudice richiesto a negare il riconoscimento allorché la controversia dinanzi alla Corte o al Tribunale d’origine: a) *sia stata, prima della data della sentenza della Corte o Tribunale di origine, oggetto di una sentenza definitiva tra le stesse parti, pronunciata da una Corte o Tribunale avente competenza per la stessa controversia*; ovvero b) *sia oggetto di un processo tra le stesse parti nello Stato della Corte richiesta, iniziato prima della data della sentenza della Corte o Tribunale di origine*.

57. Parimenti interessante è il riferimento all’ordine pubblico quale valvola di chiusura dell’ordinamento rispetto a sentenze che collidano con i suoi principi fondamentali. Ai sensi dell’art. III, comma 1°, lett. d) della Convenzione il riconoscimento è precluso allorché “*la sentenza contenga dispo-*

⁷⁶ *Dexia Credit Local SA v Patrimonio del Trentino SpA* [2024] EWHC 2717 (KB). L’Ente italiano, convenuto nel procedimento inglese, si era costituito in giudizio, eccependo, in primo luogo, il difetto di giurisdizione del giudice inglese (in ragione della natura non esclusiva del patto sulla giurisdizione concluso tra le parti e modificativo della classica clausola contenuta nell’ISDA Master Agreement) e richiedendo, in secondo luogo, una sospensione del giudizio in Inghilterra vista la pendenza di un processo (previamente incardinato) in Italia tra le medesime parti e avente lo stesso oggetto. Ebbene, la Corte inglese ha respinto entrambe le richieste e ha, di converso, avallato la posizione della Banca attrice, affermando l’esclusività della giurisdizione inglese e l’inopportunità di una sospensione del giudizio inglese.

⁷⁷ Come chiarito nell’art. III, comma 3°, della Convenzione, ai fini della stessa, “*gli effetti del riconoscimento della sentenza sono che tale sentenza è considerata come definitiva, limitatamente alla materia decisa, in qualsiasi altra controversia tra le medesime parti, e che la sentenza stessa può essere opposta in ogni altra causa tra esse parti per il medesimo oggetto*”.

sizioni contrarie all'ordine pubblico dello Stato della Corte richiesta". Se si raffronta il tenore letterale della norma con l'art. 64, comma 1°, lett. g), legge n. 218/1995 [(1) *a sentenza straniera è riconosciuta in Italia senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento quando (...) le sue disposizioni non producono effetti contrari all'ordine pubblico*], sembrerebbe che i *conditores* della Convenzione del 1964 abbiano concepito il limite dell'ordine pubblico in termini maggiormente restrittivi rispetto a quanto emerge dalla disciplina comune⁷⁸. Al riguardo, tuttavia, va precisato che la Convenzione stessa esclude di avere natura esaustiva e lascia impregiudicata l'applicazione di discipline più favorevoli previste da altre fonti normative; come statuito all'art. II, comma 3°, infatti, "*la Convenzione non preclude il riconoscimento o l'esecuzione delle sentenze nei casi in cui la Convenzione stessa non contempla il riconoscimento o l'esecuzione*"⁷⁹. Alla luce di ciò appare opportuno analizzare la questione della possibile contrarietà della sentenza inglese con l'ordine pubblico nel prosieguo, allorché ci si soffermerà sulla legge n. 218/1995.

3. L'efficacia delle decisioni inglesi in Italia secondo il regime comune di cui alla legge n. 218/1995.

58. Sia che la legge n. 218/1995 si consideri la normativa di riferimento nel caso di specie o, piuttosto, una fonte integrativa rispetto alla Convenzione del 1964, appare opportuno procedere a delinearne i contorni per quanto concerne la disciplina del riconoscimento delle sentenze straniere ai sensi degli artt. 64 e ss.⁸⁰

59. Come sottolineato dalla Suprema Corte, uno degli aspetti salienti della riforma del sistema del diritto internazionale privato, di cui alla L. 31 maggio 1995, n. 218, è stata la reintroduzione del principio del riconoscimento automatico, "*nell'avvertita esigenza di dare armonica regolamentazione e certezza alle situazioni giuridiche*"⁸¹.

60. Nella misura in cui si ravvisano come sussistenti le condizioni elencate all'art. 64 della legge di riforma, le sentenze straniere producono, *ex tunc*, nell'ordinamento italiano "*l'effetto di giudicato sostanziale e processuale sia tra le parti, sia rispetto ai nostri giudici*"⁸², in piena coerenza con la logica che ispira la Convenzione bilaterale del 1964 citata in precedenza e il c.d. sistema di Bruxelles⁸³.

61. Il fatto che non sia richiesto un procedimento giudiziario di accertamento delle condizioni che consentono il riconoscimento non significa, tuttavia, che un siffatto procedimento non sia instaurabile. Allorché si intenda, infatti, far accertare la sussistenza o il difetto dei requisiti del riconoscimento in via principale (o si intenda far valere gli effetti esecutivi del giudicato o ottenere la trascrizione, l'iscrizione,

⁷⁸ Rileva come l'art. 64, comma 1°, lett. g), legge n. 218/1995 accolga "*la limitazione (...) secondo la quale, conformemente (...) ad un orientamento che è andato maturando nel corso degli anni '80, solo gli effetti delle sentenze straniere possono essere presi in considerazione che ad opera del giudice del controllo e non anche le singole disposizioni straniere applicate nel giudizio*" M. MARESCA, "Art. 64", *Le Nuove leggi civili commentate*, 1996, p. 1468.

⁷⁹ Art. II, comma 3°, della Convenzione.

⁸⁰ Come precisato nella Relazione ministeriale alla legge n. 218/1995 (consultabile in *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, a cura di F. POCAR et al., Padova, 1996, p. 397 ss.), a proposito dell'art. 64, "*il provvedimento straniero da riconoscere si considera sentenza quando ha deciso un processo di corrispondente contenuto che sarebbe concluso in Italia con una sentenza. Ove non sia verificabile l'indicata corrispondenza, il provvedimento straniero deve considerarsi sentenza se ha per effetto l'accertamento, la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un diritto soggettivo, di una capacità o di una situazione personale. Va tenuto presente però che il riconoscimento automatico di provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria è oggetto di un'apposita norma*".

⁸¹ Cass. Sez. I, 18 luglio 2019, n. 19453.

⁸² S. BARIATTI, "Art. 64 Legge n. 218/1995", in F. Pocar et al. (a cura di), *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 320. Come rilevato da N. BOSCHIERO, *Appunti sulla riforma di diritto internazionale privato italiano*, Torino, 1996, p. 152, ciò comporta il sorgere dell'"obbligo per le parti e il giudice di conformarsi alla decisione estera" e impedisce "*la formazione di un giudicato italiano sulla medesima lite*".

⁸³ N. BOSCHIERO, *Appunti sulla riforma di diritto internazionale privato italiano*, cit., p. 151.

l'annotazione in pubblici registri), l'art. 67 prevede che tale accertamento costitutivo vada demandato alla Corte d'Appello del luogo di attuazione della sentenza. Preciso ciò, l'ipotesi che ricorre nella maggior parte dei casi è che l'effetto di giudicato di una sentenza straniera sia eccepito dinanzi ad un giudice italiano nell'ambito di un procedimento ivi pendente. Laddove ciò accada e il riconoscimento venga contestato, il giudice investito della questione si limiterà a pronunciarsi con efficacia limitata al giudizio in corso (art. 67, comma 3°, legge n. 218/1995).

62. Quanto ai presupposti del riconoscimento, sembra opportuno soffermarsi unicamente sui profili che un giudice italiano più plausibilmente potrebbe essere chiamato a considerare allorché una sentenza inglese in materia di derivati resa nei confronti di un Ente territoriale (e passata in giudicato)⁸⁴ venga fatta valere in Italia.

63. L'art. 64, comma 1°, lett. a) subordina la riconoscibilità della pronuncia straniera alla sussistenza della competenza internazionale del tribunale che ha reso la pronuncia alla luce dei principi sulla competenza giurisdizionale propri dell'ordinamento italiano, ovvero alla luce dei "*principi in base ai quali, in casi corrispondenti, il giudice italiano avrebbe esercitato la sua giurisdizione nei confronti del giudice straniero*"⁸⁵.

64. Chiarito come l'accertamento di tale condizione di riconoscibilità impone un riferimento ai criteri stabiliti dall'ordinamento italiano⁸⁶, laddove la giurisdizione del giudice inglese si fondi sulla clausola giurisdizionale contenuta negli ISDA Master Agreements, la bilateralizzazione del criterio di giurisdizione di cui all'art. 4, legge n. 218/1995 condurrebbe a ritenere fondata la competenza giurisdizionale del giudice inglese. Ciò, tuttavia, si verificherebbe solo laddove l'*electio fori* venisse considerata conforme ai requisiti di ammissibilità e validità posti dal predetto art. 4⁸⁷. Dal momento che la giurisprudenza prudente ha chiarito come, anche in sede di riconoscimento delle sentenze, sia necessario tener presente che la deroga convenzionale alla giurisdizione italiana può operare solo allorché la causa verta su diritti disponibili⁸⁸, la competenza internazionale del giudice inglese potrebbe essere valutata rispetto a tale profilo, seppur nei limiti già evidenziati in precedenza.

65. Tralasciando l'analisi dei requisiti concernenti la regolarità dell'instaurazione del procedimento straniero e del contraddittorio, giova ricordare che l'art. 64, comma 1, lett. e), della legge n. 218/1995 subordina l'efficacia di una decisione straniera in Italia alla sua mancata contraddittorietà rispetto a "*un'altra sentenza pronunciata da un giudice italiano passata in giudicato*". Come sottolineato dalla Suprema Corte⁸⁹, la *ratio* della disposizione risiede nell'esigenza di "*evitare, anche con riferimento alle sentenze straniere, il contrasto tra giudicati e il bis in idem*", imponendo una verifica che deve essere svolta con riguardo "*alle parti, al rapporto dedotto in giudizio, al contenuto della decisione e ai suoi effetti*". In tale prospettiva, la dottrina ha chiarito che il presupposto di riconoscibilità in esame difetti non soltanto nell'ipotesi in cui la sentenza italiana confliggente riguardi la medesima controversia — in presenza, cioè, di identità di parti, *petitum* e *causa petendi* — ma anche quando le due decisioni risultino logicamente inconciliabili⁹⁰ ovvero producano effetti destinati a elidersi reciprocamente⁹¹.

⁸⁴ A differenza di ciò che si verifica nel cd. sistema di Bruxelles, la legge n. 218/1995 ammette che possano essere riconosciute nell'ordinamento solo sentenze che abbiano acquisito autorità di cosa giudicata nell'ordinamento d'origine ai sensi di quanto previsto dal diritto straniero (art. 64, comma 1, lett. d). Sul punto v. F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Vol. I, VIII ed., Milano, 2019, p. 352.

⁸⁵ Cass. S.U. 8 aprile 2011, n. 8038.

⁸⁶ Cass. S.U. 28 ottobre 2015, n. 21946.

⁸⁷ In dottrina v. F.C. VILLATA, "Sulla legge applicabile alla validità sostanziale degli accordi di scelta del foro", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2015, p. 975; in giurisprudenza v. Cass. S.U. 23 settembre 2013 n. 21672.

⁸⁸ Cass. Sez. I 12 marzo 2014, n. 571.

⁸⁹ Cass. Sez. I 27 ottobre 2016, n. 21741.

⁹⁰ F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 353.

⁹¹ E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Torino, 2007, p. 315.

4. La litispendenza quale condizione ostativa al riconoscimento/esecuzione di decisioni straniere

66. Una rilevante condizione ostativa al riconoscimento di una decisione straniera nell'ordinamento italiano è prevista dall'art. 64, comma 1, lett. f), della legge n. 218/1995. Da tale disposizione si evince che la pendenza di un procedimento dinanzi a un giudice italiano preclude che la decisione resa all'estero produca effetti in Italia, qualora il giudizio interno sia stato instaurato anteriormente al processo straniero. Il criterio della prevenzione temporale ha un ruolo cruciale, in quanto mira, da un lato, ad evitare che la parte rimasta soccombente all'estero possa radicare la lite in Italia al solo fine strumentale di prevenire il riconoscimento del giudicato estero⁹² e, dall'altro, “è finalizzato a far sì che la rilevanza attribuita alla litispendenza internazionale dall'art 7, comma 1°, legge n. 218/1995 sia assistita da una garanzia di reciprocità”⁹³. La correlazione tra la norma in esame e l'art. 7 della legge n. 218/1995⁹⁴ è talmente evidente che “pur in mancanza di un'espressa indicazione, è da ritenere che il momento della pendenza del giudizio estero debba essere determinato ai sensi della legge processuale dello stato d'origine, analogamente a quanto espressamente disposto dall'art. 7, comma 2°, legge n. 218/1995”⁹⁵.

67. La litispendenza assume un rilievo significativo nel contenzioso transnazionale in materia di derivati finanziari che coinvolge Enti pubblici territoriali italiani poiché, non di rado, a fronte di azioni promosse in Italia dagli Enti, gli intermediari bancari procedono tempestivamente ad adire il giudice inglese — sulla base della pretesa esclusività della clausola di scelta del foro contenuta negli ISDA Master Agreements — formulando domande strutturate in funzione, e in reazione, al procedimento già instaurato dinanzi ai giudici italiani. In un simile contesto, la possibilità di negare il riconoscimento di una decisione inglese in ragione della litispendenza è subordinata non solo all'identità delle parti, ma anche alla circostanza che il procedimento italiano, previamente instaurato, abbia il medesimo oggetto della controversia definita all'estero. Un analogo presupposto non è, per la verità, espressamente richiesto dall'art. III, comma 2, lett. b), della Convenzione bilaterale del 1964⁹⁶; tuttavia, tale omissione non deve essere sopravvalutata, alla luce del già richiamato carattere non esaustivo della disciplina convenzionale⁹⁷.

68. La verifica del presupposto di riconoscibilità in esame, come evidenziato dalla Suprema Corte proprio in relazione ad un contenzioso in materia di derivati, impone al giudice italiano — adito per primo e munito di giurisdizione — di accertare se la causa introdotta dinanzi al giudice inglese coincida con quella pendente davanti al giudice italiano⁹⁸. A tal fine, risulta evidentemente necessario procedere a un confronto tra le domande proposte: qualora il giudizio instaurato all'estero si presenti come speculare a quello italiano, il diniego di riconoscimento ex art. 64 comma 1°, lett. f), legge n. 218/1995

⁹² F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Vol. I, cit., p. 353.

⁹³ E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, cit., p. 320.

⁹⁴ G. CONETTI, “Art. 64”, in G. CONETTI, S. TONOLO, F. VISMARA (a cura di), *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano*, Torino, 2009, p. 350.

⁹⁵ E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, cit., p. 320. Nel senso che “ai fini della determinazione della pendenza di una lite innanzi al giudice dello Stato estero, rilevante ai sensi dell'art. 7, della l. n. 218 del 1995, è sufficiente al giudice nazionale riscontrare l'esistenza di un atto idoneo all'introduzione del giudizio innanzi al giudice straniero, secondo il diritto vigente nello Stato estero, giacché l'art. 7, comma 2, della l. n. 218 cit. rimette alla “lex loci” la determinazione della pendenza della causa e, in riferimento alla causa incardinata all'estero, è il giudice di quello Stato, e non quello italiano, a dover valutare l'esistenza di un atto introduttivo (lo “statement of claim”), il provvedimento giudiziario che ne ammette l'ingresso e l'eventuale notificazione, anche sotto il profilo della validità di quest'ultima, ai sensi dell'art. 10, par. a), della Convenzione dell'Aja sulle notifiche e comunicazioni all'estero degli atti giudiziari in materia civile” v. Cass. Sez. VI 1° aprile 2021, n. 9057.

⁹⁶ Secondo tale disposizione “(l)e sentenze in materia civile e commerciale pronunziate nel territorio di una delle Alte Parti Contraenti sono riconosciute dalle Corti del territorio dell'altra Alta Parte Contraente qualunque sia la nazionalità delle parti, tranne che (...) quando alla Corte richiesta risulta che la controversia dinanzi alla Corte o Tribunale di origine è oggetto di un processo tra le stesse parti nello Stato della Corte richiesta, iniziato prima della data della sentenza della Corte o Tribunale di origine”.

⁹⁷ Per una vicenda in cui ai fini della prognosi di riconoscibilità di cui all'art. 7 comma 1°, legge n. 218/1995 si sono valorizzati i presupposti di cui all'art. 64 della legge di riforma e non le condizioni poste da una Convenzione bilaterale (in vigore) che disciplinava il riconoscimento delle decisioni, in materia civile, commerciale e amministrativa, pronunciate dalle autorità giurisdizionali degli Stati contraenti, v. Cass. Sez. VI 22 marzo 2017, n. 7615.

⁹⁸ Cass. S.U. 29 maggio 2023, n. 22895.

appare senz'altro giustificato. Diversamente, ove le domande non rivelino una piena identità di oggetto, il criterio della stretta identità può essere integrato da quello dell'equivalenza o dell'assimilabilità, avuto riguardo alla situazione giuridica dedotta in giudizio e al provvedimento richiesto.⁹⁹ Tale lettura estensiva sembra prospettabile, posto il già evidenziato parallelismo tra la norma in esame e l'art. 7 della legge n. 218/1995¹⁰⁰, richiamando gli orientamenti formati in merito a quest'ultima norma¹⁰¹.

69. Al riguardo, la giurisprudenza, in sede di esegesi dell'art. 7, comma 1°, legge n. 218/1995, ha valorizzato il già richiamato art. 64 comma 1°, lett. e), legge n. 218/1995 ricordando come esso indichi *“fra le condizioni necessarie per il riconoscimento delle sentenze straniere, che la sentenza straniera non deve essere contraria ad altra pronunciata dal giudice italiano, passata in giudicato”*¹⁰². Muovendo dalla considerazione che *“la contrarietà fra sentenze è ravvisabile quando si determinino risultati fra loro incompatibili ovvero gli effetti dell'una siano neutralizzati da quelli dell'altra”*, la Suprema Corte ha ritenuto che *“ove interpretato il citato art. 7 in relazione alla prescrizione dettata dall'art. 64, la nozione di litispendenza internazionale richiede, oltre all'identità delle parti, l'identità dei risultati pratici perseguiti, e ciò indipendentemente dal “petitum” immediato delle singole domande e dal titolo specificamente fatto valere”*¹⁰³.

70. La giurisprudenza di legittimità, propugnando un'esegesi dell'art. 7, comma 1° conforme agli approdi raggiunti dalla Corte di giustizia in sede di interpretazione della nozione di “litispendenza europea” di cui al regime di Bruxelles¹⁰⁴, si è spinta sino a ritenere che sono *“fondate sul medesimo titolo ed hanno il medesimo oggetto le domande che riguardano lo stesso rapporto giuridico”*¹⁰⁵. Il Supremo Collegio, in una rilevante pronuncia del 2012¹⁰⁶, ha preso inoltre posizione sull'annoso problema dell'estensibilità della disciplina della litispendenza ex art. 7, comma 1°, legge n. 218, 1995 alle ipotesi di continenza¹⁰⁷. Nel caso di specie i giudici erano stati chiamati a verificare se bene avesse operato la Corte d'Appello di Venezia nel sospendere (d'ufficio) un procedimento incardinato da un padre al fine di ottenere l'affidamento della propria figlia minore e la decadenza della potestà genitoriale della madre a fronte dell'antecedente pendenza in Brasile di un giudizio tra i genitori sull'affidamento della stessa minore. Ebbene, muovendo dall'assunto per cui *“la non coincidente definizione della nozione di litispendenza adottata nell'ambito interno della giurisdizione ordinaria (art. 39 c.p.c.) e in quello*

⁹⁹ Cass. Sez. I 1° dicembre 2016, n. 24542: in tale pronuncia la Corte ha, tuttavia, escluso che il *“processo separativo italiano abbia il medesimo oggetto di quello di divorzio, in quanto non idoneo a determinare lo scioglimento del vincolo e la perdita dello status coniugale”*.

¹⁰⁰ D. MILAN, “Divorziati, ma non separati”, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, p. 813.

¹⁰¹ Come sottolineato in dottrina, per la verità, *“mentre l'art. 64, lett. f), legge n. 218/1995 si «accontenta» che la controversia interna ed estera abbiano il «medesimo oggetto», l'art. 7, primo comma, legge n. 218/1995 richiede anche «l'identità di titolo». La difformità tra le due previsioni, lungi dall'indicare una diversità di ambito applicativo, è verosimilmente dovuta al fatto che l'art. 64, lett. f), legge n. 218/1995 è stato scritto sul modello del predecessore ossia l'art. 797, n. 6., c.p.c., il quale richiedeva esclusivamente che il giudicato estero ed il giudizio interno dovessero avere il medesimo oggetto, nulla prevedendo con riferimento al titolo”* (E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, cit., p. 320, sub nota 181).

¹⁰² Cass. Sez. VI 1° aprile 2021, n. 9057.

¹⁰³ Cass. Sez. VI 1° aprile 2021, cit. Per un richiamo alla giurisprudenza della Corte di giustizia sul presupposto oggettivo della sospensione anche ai fini dell'interpretazione di una norma sulla litispendenza contenuta in una convenzione bilaterale tra Belgio e Italia v. Cass. S.U. 17 maggio 2002, n. 7299.

¹⁰⁴ Nel senso che la disciplina della litispendenza si applica ogniqualvolta sussista un rischio di contrasti ostativi al riconoscimento, e quindi anche in fattispecie che nel diritto interno non darebbero luogo a ipotesi di litispendenza v. Corte giust., 8 dicembre 1987, C-144/86, *Gubisch Maschinenfabrik AG c. Giulio Palumbo*, ECLI:EU:C:1987:528; Corte giust., 6 dicembre 1994, C-406/92, *The Owners of the Cargo Lately Laden on Board the Ship “Tatry” c. The Owners of the Ship “Maciej Ratraj”*, ECLI:EU:C:1994:400.

¹⁰⁵ Cass. Sez. III, 15 maggio 2007, n. 11185: nella fattispecie concreta la Corte ha ravvisato l'esistenza di una situazione di litispendenza internazionale tra una lite instaurata al fine di ottenere il risarcimento danni per perdita di merce trasportata via mare proposta in Italia contro due convenuti che avevano chiamato in garanzia il subvettore e il giudizio già pendente innanzi all'Alta Corte del Sudafrica tra le stesse parti, ancorché in un giudizio fosse stata fatta valere la responsabilità contrattuale e nell'altro quella extracontrattuale.

¹⁰⁶ Cass. S.U., 28 novembre 2012, n. 21108.

¹⁰⁷ Cass. S.U., 28 novembre 2012, n. 21108.

della giurisdizione internazionale (L. n. 218 del 1995, art. 7), valutata anche in relazione alle modifiche intervenute sia per effetto della Convenzione di Bruxelles del 1968 (segnatamente artt. 21 e 22) che a seguito della riforma del diritto internazionale privato (ed in particolare con riferimento alla disciplina di maggior favore per il riconoscimento delle sentenze straniere), induce (...) a ritenere che debba essere privilegiata una interpretazione del citato art. 7, per quanto riguarda la nozione di stessa causa, non ancorata a criteri formalistici e restrittivi”, la Cassazione ha avvallato l’approccio del Giudice di secondo grado, ritenendo che “la nozione di litispendenza internazionale richieda (naturalmente oltre all’identità delle parti) l’identità dei risultati pratici perseguiti, e ciò indipendentemente dal “petitum” immediato delle singole domande e dal titolo specificamente fatto valere”¹⁰⁸.

71. La dottrina, per parte sua, ha giudicato opportuna “l’adozione di una nozione di identità ampia e in senso sostanziale” affermando che “tale necessario minor rigore dell’identità richiesta ai fini del riconoscimento delle decisioni straniere troverebbe conferma nel fatto che l’art. 64 l. 218/1995 non chiede anche l’identità del titolo, come invece l’art. 7 sulla litispendenza internazionale”¹⁰⁹. Pur contestando la piana trasponibilità della giurisprudenza della Corte di giustizia sul punto, posto che il regime di Bruxelles è caratterizzato da una logica di mutua fiducia e reciprocità, mentre la legge n. 218/1995 muove da una prospettiva unilaterale¹¹⁰, si è ritenuto che un’interpretazione lata dell’identità di titolo e di oggetto che si affranchi dai “canoni (stringenti)” della litispendenza interna¹¹¹ sia preferibile “dovendosi tener conto (...) del fatto che, ai fini dell’art. 7, vanno confrontate (con tutta probabilità) due domande riguardanti diritti soggettivi disciplinati da ordinamenti sostanziali differenti (e che manca la possibilità di una riunione di processi tramite la continenza)”¹¹².

72. Su questa base appare perfettamente condivisibile la posizione di chi considera necessaria una sospensione ex art. 7, comma 1°, legge n. 218/1995 “nel caso in cui il giudizio precedentemente instaurato all’estero abbia ad oggetto la condanna all’esecuzione di un’obbligazione e quello successivamente introdotto in Italia un mero accertamento negativo dell’esistenza di questa, considerato che la sentenza che verrà pronunciata a conclusione del giudizio pendente all’estero, ove riconoscibile in Italia, sarà in grado di spiegare efficacia di giudicato anche sull’oggetto della successiva domanda introdotta in Italia, la quale è interamente compresa in quello della domanda proposta all’estero”¹¹³.

73. L’indirizzo interpretativo sopra delineato ha trovato di recente conferma nella giurisprudenza di merito che si è pronunciata in merito ad un contenzioso che vedeva contrapposti un Ente locale e una

¹⁰⁸ Dato conto di ciò, va comunque segnalato che risalente giurisprudenza, in sede di esegesi di una convenzione bilaterale sul riconoscimento e l’esecuzione delle sentenze, ha interpretato in maniera restrittiva i presupposti della litispendenza quale condizione ostativa all’efficacia di una sentenza straniera ritenendo che essa non fosse configurabile in ipotesi di continenza o di connessione di cause (Cass. Sez. I, 23 marzo 1983 n. 2022; Cass. S.U., 17 marzo 1983, n. 1917). Per analoghe conclusioni in riferimento all’abrogato art. 797 c.p.c. v. Cass. Sez. I, 8 marzo 1995, n. 2718).

¹⁰⁹ D. MILAN, *Divorziati, ma non separati*, cit., p. 813.

¹¹⁰ F. MARONGIU BUONAIUTI, *Litispendenza e connessione internazionale. Strumenti di coordinamento tra giurisdizioni statali in materia civile*, Napoli, 2008, p. 347. In dottrina, sull’inopportunità di una lettura estensiva dell’elemento oggettivo di cui all’art. 7, comma 1° compiuta in aderenza al regime europeo v. C. CONSOLO, *Nuovi problemi di diritto processuale civile internazionale*, Milano, 2002, p. 166.

¹¹¹ Come chiarito dalla Suprema Corte la litispendenza interna di cui all’art. 39 c.p.c. va esclusa per mancanza di identità delle cause “allorquando alla domanda di accertamento positivo di un diritto si accompagni la richiesta di una tutela condannatoria sebbene giustificata dall’accertamento della sua esistenza, la domanda contiene oltre che un petitum di mero accertamento, un petitum di condanna e, pertanto, la relazione fra le due cause vede la seconda contenere la prima, in quanto è più ampia. La relazione fra le due cause è, dunque, di continenza e non di litispendenza, perché manca l’identità delle cause (si veda Cass. sez. un. n. 5295 del 1998, secondo cui: “È da escludersi (per mancata identità di “petitum”) la litispendenza tra cause aventi ad oggetto, rispettivamente, il mero accertamento negativo della sussistenza di una obbligazione, e l’accertamento della sussistenza e della validità della medesima obbligazione nonché la richiesta di condanna della controparte all’adempimento (ovvero al risarcimento dei danni da inadempimento)” (Cass. Sez. VI, 14 giugno 2016, n. 12171).

¹¹² S.A. VILLATA, *Sulla nozione e sulla rilevanza d’ufficio della litispendenza internazionale nella l. 218/95*, *Rivista di diritto processuale*, 2013, p. 1579.

¹¹³ F. MARONGIU BUONAIUTI, *Litispendenza e connessione internazionale. Strumenti di coordinamento tra giurisdizioni statali in materia civile*, Napoli, 2008, pp. 351-352.

Banca straniera. Con sentenza del 2024, il Tribunale di Pesaro — a cui l'ente territoriale si era rivolto facendo valere, in via principale, la responsabilità dell'istituto di credito in relazione alla consulenza prestata in funzione delle operazioni in derivati — ha rigettato, ai sensi dell'art. 64, comma 1, lett. f), della legge n. 218/1995, la richiesta di riconoscimento incidentale di una decisione resa — nelle more del giudizio in Italia — dal giudice inglese, che aveva definito in senso favorevole alla Banca il procedimento successivamente instaurato da quest'ultima al fine di ottenere una pronuncia che accertasse la validità dei contratti derivati controversi e la correttezza del suo operato, sottolineando come si ravvisasse una situazione di litispendenza internazionale *“stante l'identità, in termini di parti, oggetto, titolo e risultati pratici perseguiti”*¹¹⁴.

74. Con riferimento al tema in esame, merita tuttavia di essere segnalata una recente — e non scevra da profili problematici — ordinanza della Suprema Corte, resa a seguito di un ricorso promosso avverso la già richiamata decisione della Corte d'appello di Brescia che aveva riconosciuto una sentenza sulla giurisdizione dell'High Court di Londra. In tale occasione, il Supremo Collegio, ha escluso che, nel caso di specie, il giudice italiano previamente adito potesse invocare la litispendenza, osservando in particolare che eventuali profili di sovrapposizione tra il giudizio inglese e quello italiano potrebbero configurarsi, in astratto, soltanto in presenza di una decisione inglese di merito¹¹⁵.

5. L'ordine pubblico quale valvola di chiusura dell'ordinamento a presidio di principi e valori cruciali.

75. Un ulteriore aspetto suscettibile di assumere rilievo nell'ambito della valutazione della riconoscibilità e dell'eventuale eseguibilità di sentenze rese dal giudice inglese in materia di derivati è rappresentato dal limite dell'ordine pubblico. Come noto, tale limite costituisce un motivo di diniego all'ingresso di decisioni straniere nell'ordinamento italiano non solo ai sensi della legge n. 218/1995, ma anche in base alla Convenzione bilaterale del 1964 e al regime cd. di Bruxelles.

76. L'ordine pubblico — che, come noto, *“va apprezzato non al momento della realizzazione dei fatti di causa, bensì al momento del giudizio”*¹¹⁶ — potrebbe, in particolare, venire in gioco allorché gli effetti dell'accertamento della validità dei contratti derivati da parte del giudice inglese si pongano in contrasto con i valori costituzionali dell'equilibrio di bilancio, della sana gestione finanziaria, della certezza degli impegni di spesa e dei limiti all'indebitamento degli Enti territoriali, così come valorizzati dalla Corte costituzionale in una pluralità di decisioni¹¹⁷ e dalla Corte di Cassazione nella nota sentenza cd. Cattolica¹¹⁸.

77. La questione ha un rilievo pratico particolarmente significativo se si considera che la giurisprudenza inglese riconosce la validità dei contratti derivati a prescindere dalla rinvenibilità di una preventiva deliberazione dell'organo consiliare o dall'avvenuta comunicazione dei dati relativi al *mark to market*¹¹⁹.

78. In tale contesto, il quesito che si pone è se i principi — di rango costituzionale e non — che informano la materia dei contratti derivati stipulati dagli Enti pubblici territoriali, così come puntualmente ricostruiti dalla Corte di Cassazione nella sentenza cd. Cattolica, si limitino a delineare i confini

¹¹⁴ Trib. Pesaro 24 dicembre 2024, consultabile alla pagina web: <https://www.ilcaso.it/sentenze/ultime/32498/stampa?Contratti-derivati-di-Enti-locali-redatti-su-modulistica-internazionale-ISDA>.

¹¹⁵ Cass. Sez. I 3 luglio 2025, n. 18113, sulla cui analisi v. *infra*.

¹¹⁶ Cfr. O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, pp. 19-20.

¹¹⁷ Cfr. Corte Cost. 29 aprile 2021, n. 80; Corte Cost. 28 gennaio 2020, n. 4; Corte Cost. 5 marzo 2018, n. 49; Corte Cost. 7 febbraio 2012, n. 18; Corte Cost. 18 febbraio 2010, n. 52; Corte Cost. 29 dicembre 2004, n. 42552.

¹¹⁸ Cass. S.U. 12 maggio 2020, n. 8770. Per pronunce successive che si sono uniformate all'indirizzo tracciato da tale sentenza v. Cass. Sez. I 10 agosto 2022, n. 24654; Cass. Sez. I 1° luglio 2022, n. 21008; Cass- Sez. I 29 luglio 2021, n. 21830.

¹¹⁹ Tra le tante v., ad esempio, *Banca Intesa Sanpaolo S.p.A. e altri v. Comune di Venezia*, Court of Appeal, [2023] EWCA Civ 1482; *Deutsche Bank AG London Branch e altri v. Provincia di Brescia*, High Court (Chancery Division), [2024] EWHC 2967 (Ch); *Deutsche Bank AG London v Comune di Busto Arsizio* [2021] EWHC 2706 (Comm); [2022] EWHC 219 (Comm).

del cd. ordine pubblico interno, ovvero siano idonei a concorrere alla definizione del contenuto del cd. ordine pubblico internazionale, quale limite ostativo al riconoscimento di valori o provvedimenti giuridici stranieri in funzione di salvaguardia dell'integrità dell'ordinamento¹²⁰.

79. La problematica è stata di recente sottoposta all'attenzione della Suprema Corte dalla Corte d'appello di Milano nell'ambito di una richiesta di rinvio pregiudiziale *ex art. 363 bis c.p.c.* e volta a chiarire se rientrino *“nel concetto di ordine pubblico, quale limite al riconoscimento in Italia di una sentenza straniera in materia civile e commerciale ai sensi dell'art. 45, lett. a) Reg. (UE) 1215/2012, i principi desumibili dagli artt. 81, 97, 114, 119, Cost., oltre che dalla normativa primaria in precedenza indicata, così come interpretati dalla Corte costituzionale (sentenze nn. 425/2004 e 52/2010) e dalle Sezioni Unite Civili, con sentenza n. 8770 resa in data 12 maggio 2020, con particolare riguardo alla finanza pubblica locale, all'equilibrio finanziario, oltre che ai limiti del ricorso all'indebitamento mediante la stipulazione di contratti derivati da parte degli Enti Locali”*.

80. Sebbene non vada trascurato che il regolamento Bruxelles I-bis istituisca un regime di *favor* per la circolazione delle decisioni all'interno dello spazio giudiziario europeo, funzionale agli obiettivi di integrazione e di consolidamento del mercato unico, e che, in un sistema caratterizzato da un elevato grado di integrazione e dal principio di reciproca fiducia, il limite dell'ordine pubblico sia destinato a operare quale meccanismo di salvaguardia in termini rigorosamente restrittivi, le riflessioni svolte dalla Suprema Corte sulla nozione e sulla portata dell'ordine pubblico internazionale nel decreto con cui è stato dichiarato inammissibile il ricorso per difetto dell'assoluta novità della questione, ai sensi dell'art. 363-bis c.p.c., non possono che assumere una valenza trasversale, destinata a riflettersi sull'interpretazione e sull'applicazione della clausola dell'ordine pubblico con riferimento a tutti gli strumenti normativi astrattamente rilevanti.

81. Prima di soffermarsi sul significativo apporto della Corte rispetto alla questione in esame vale però la pena anteporre alcune osservazioni di carattere generale su quali siano i tratti caratterizzanti e le modalità di funzionamento dell'ordine pubblico internazionale.

82. Quanto al *modus operandi* di tale valvola di sicurezza, è dato ormai pacifico che un giudice italiano, chiamato a valutare la sua possibile operatività, non possa verificare se *“l'atto straniero applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto ad una o più norme interne (seppure imperative o inderogabili)”*¹²¹, né tantomeno possa *“sottoporlo ad un sindacato di tipo contenutistico o di merito né di correttezza della soluzione adottata alla luce dell'ordinamento straniero o di quello italiano”*¹²². Lo scrutinio deve, come unanimemente sottolineato, limitarsi a valutare se gli effetti concreti del riconoscimento siano intollerabili alla luce dei principi cardine dello stesso¹²³, così come ricostruibili al momento del riconoscimento della sentenza e non al tempo della sua adozione¹²⁴.

83. Non altrettanto univoco risulta, tuttavia, il quadro giurisprudenziale in ordine alla definizione della *“fisionomia”* dell'ordine pubblico internazionale. Al riguardo va segnalato che muovendo dall'assunto per cui tale clausola alluda *“a quell'insieme di principi, desumibili dalla Carta Costituzionale o, comunque, pur non trovando in essa collocazione, fondanti l'intero assetto ordinamentale siccome immanenti ai più importanti istituti giuridici quali risultano dal complesso delle norme inderogabili*

¹²⁰ Sulla nozione di ordine pubblico internazionale v. O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, cit., p. 20 ss. Nel senso che *“l'ordine pubblico internazionale non è identificabile con quello interno, perché altrimenti le norme di conflitto sarebbero operanti solo ove conducessero all'applicazione di norme materiali aventi contenuto simile a quelle italiane, con la conseguenza che resterebbe cancellata la diversità tra sistemi giuridici e diverrebbero sostanzialmente inutili le stesse regole del diritto internazionale privato”*, cfr. Cass. Sez. lav. 4 maggio 2007, n. 10215.

¹²¹ Cass. Sez. I 30 settembre 2016, n. 19599.

¹²² Cass. Sez. I 25 luglio 2016, n. 15343. Nello stesso senso v., da ultimo, Cass. Sez. I, 14 agosto 2020, n. 17170.

¹²³ Cass. Sez. I 18 aprile 2013, n. 9483; Cass. Sez. I 17 gennaio 2013, n. 1163; Cass. Sez. I 18 aprile 2013, n. 9483.

¹²⁴ Cass. Sez. I 15 aprile 2019, n. 10540.

*provviste del carattere di fundamentalità che le distingue dal più ampio genere delle norme imperative, tali da caratterizzare l'atteggiamento dell'ordinamento stesso in un determinato momento storico e da formare il cardine della struttura etica, sociale ed economica della comunità nazionale conferendole una ben individuata ed inconfondibile fisionomia*¹²⁵, si è progressivamente riconosciuto che nella ricostruzione del sistema assiologico di riferimento uno spazio significativo, a latere della Costituzione, vada ascritto alle fonti di diritto internazionale ed europeo¹²⁶.

84. L'apertura internazionale del nostro Paese e la sua *“partecipazione alla vita della comunità delle genti, la quale sempre meglio è capace di esprimere principi generalmente condivisi”*¹²⁷, negli anni ha indotto parte della giurisprudenza a reputare che l'ordine pubblico internazionale da strumento di tutela dei valori nazionali¹²⁸ si sia progressivamente trasformato in un *“veicolo di promozione della ricerca di principi comuni agli Stati, in relazione ai diritti fondamentali”*¹²⁹. Secondo tale approccio, l'ordine pubblico internazionale andrebbe inteso sì come il complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, *“ma ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati a un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria”*¹³⁰. Secondo tale indirizzo interpretativo, ancora, l'ordine pubblico internazionale andrebbe considerato il distillato del *“sistema di tutele approntate a livello sovraordinato rispetto a quello della legislazione primaria, sicché occorre far riferimento alla Costituzione e, dopo il trattato di Lisbona, alle garanzie approntate ai diritti fondamentali dalla Carta di Nizza, elevata a livello dei trattati fondativi dell'Unione Europea dall'art. 6 TUE”*¹³¹.

85. Tale lettura restrittiva e transnazionale del limite in esame, è stato oggetto di critica in dottrina¹³² e sembra esser stata stemperata da due rilevanti prese di posizione della Sezioni Unite.

86. Nella prima di esse il Supremo Collegio, intervenendo sull'annosa diatriba circa la compatibilità ontologica dell'istituto dei danni punitivi e il nostro ordinamento, ha spiegato che *“l'effetto principale recato dal recepimento e dall'interiorizzazione del diritto sovranazionale non è la riduzione del controllo avverso l'ingresso di norme o sentenze straniere che possono “minare la coerenza interna” dell'ordinamento giuridico. (...) La sentenza straniera che sia applicativa di un istituto non regolato dall'ordinamento nazionale, quand'anche non ostacolata dalla disciplina Europea, deve misurarsi con il portato della Costituzione e di quelle leggi che, come nervature sensibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, inverano l'ordinamento costituzionale. (...) Gli esiti armonizzanti, mediati dalle Carte sovranazionali, potranno agevolare sovente effetti innovativi, ma Costituzioni e tradizioni giuridiche con le loro diversità costituiscono un limite ancora vivo: privato di venature egoistiche, che davano loro “fiato corto”, ma reso più complesso dall'intreccio con il contesto internazionale in cui lo Stato si colloca. Non vi potrà essere perciò arretramento del controllo sui principi essenziali della “lex fori” in materie, come per esempio quella del lavoro (v. significativamente Cass. 10070/13) che sono presidiate da un insieme di norme di sistema che attuano il fondamento della Repubblica. Nel contempo non ci si potrà attestare ogni volta dietro la ricerca di una piena corrispondenza tra istituti stranieri e istituti italiani”*¹³³.

¹²⁵ Cass. Sez. I 28 dicembre 2006, n. 27592.

¹²⁶ Cass. Sez. I 15 giugno 2017, n. 1487; Cass. Sez. 30 settembre 2016, n. 19599.

¹²⁷ Cass. Sez. I 17 gennaio 2013, n. 1163.

¹²⁸ In senso analogo v. Cass. Sez. lav. 26 maggio 2008, n. 13547; Cass. Sez. lav. 23 febbraio 2006, n. 4040; Cass. Sez. lav. 26 novembre 2004, n. 22332.

¹²⁹ Cass. S.U. 5 luglio 2017, n. 16601.

¹³⁰ Cass. Sez. I 30 settembre 2016, n. 19599.

¹³¹ Cass. Sez. lav. 21 gennaio 2013, n. 1302.

¹³² Sul punto sia consentito rinviare a F. RAGNO, “Public Policy and the New York Convention in Practice: Substantial Convergence or Resisting Fragmentation?”, *Jus Mundi Arbitration Review*, 2025, 2, p. 72. Per ulteriori approfondimenti cfr., altresì, G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, p. 64.

¹³³ Cass. S.U. 5 luglio 2017, n. 16601.

87. Nella seconda delle decisioni di interesse ai presenti fini la Suprema Corte, chiamata a pronunciarsi sul riconoscimento di un provvedimento canadese che sanciva la genitorialità di un padre “intenzionale”, ha invece chiarito che: *“la compatibilità con l’ordine pubblico, richiesta dalla L. n. 218 del 1995, artt. 64 e ss., dev’essere valutata alla stregua non solo dei principi fondamentali della nostra Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché dell’interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente dal quale non può prescindere nella ricostruzione della nozione di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell’ordinamento in un determinato momento storico”*¹³⁴

88. Alla luce di siffatta opportuna opera di “sistematizzazione” della categoria, si tratta di capire se i principi e i valori che definiscono i contorni di liceità dei derivati contratti dagli Enti pubblici siano atti ad informare il contenuto dell’ordine pubblico internazionale, così come in precedenza delineato. Di tale questione, come accennato, è stata investita la Corte suprema ai sensi dell’art. 363 bis c.p.c. nel contesto di un contenzioso pendente dinanzi alla Corte d’Appello di Milano e concernente la riconoscibilità di una decisione inglese resa nei confronti di un Ente locale e ricadente - *ratione temporis* - nell’ambito di applicazione del Regolamento Bruxelles I bis.

89. La Corte di Cassazione, dopo aver richiamato i passaggi essenziali della sentenza cd. Cattellica, ha dichiarato inammissibile il rinvio pregiudiziale¹³⁵, non ritenendo condivisibile l’assunto — posto a fondamento dell’ordinanza di rimessione — secondo cui la definizione dei contorni dell’ordine pubblico e, in particolare, dell’ordine pubblico economico non sarebbe mai stata oggetto di esame da parte della giurisprudenza di legittimità. La Corte, dopo aver puntualizzato che la questione fosse già stata affrontata *“anche alla luce dei principi sopra richiamati espressi dalle Sezioni Unite di questa Corte”*, ha evidenziato la non coerenza, rispetto alla funzione del meccanismo processuale attivato, dell’affermazione *“di principi, specie se relativi a una nozione elastica quale l’ordine pubblico internazionale, destinati a trovare applicazione in relazione a singole fattispecie contrattuali atipiche, per loro natura esposte a modifiche e adattamenti imposti dall’evoluzione del mercato”*.

90. L’aspetto di maggiore interesse del decreto della Corte concerne il già menzionato rigetto della tesi, sostenuta dalla Corte d’appello di Milano a fondamento del rinvio pregiudiziale, secondo cui la questione definitoria del concetto di “ordine pubblico economico” sarebbe connotata da carattere di novità. Come rilevato dagli Ermellini, infatti, *“la nozione di ordine pubblico internazionale (nel quale certamente rientra anche quello in materia economica) non è affatto nuova, ma trova principi ed orientamenti che – pur non riguardando espressamente la tematica evocata dall’ordinanza – costituiscono un orientamento ed una chiave di lettura per il giudice del merito che si trovi ad affrontare la questione in concreto”*. Sottolineato come *“la nozione di ordine pubblico economico integrante criterio di validità e compatibilità di modelli negoziali atipici con il complesso dei principi, in primo luogo costituzionali ed eurounitari, che ne integrano il contenuto, pur avendo carattere interno si riflette (...) a causa delle fonti che ne ordinano il contenuto anche sul parametro costituito dall’ordine pubblico internazionale, di cui la giurisprudenza di legittimità ha dato ampia definizione e che è caratterizzato, peraltro, da un’intrinseca attitudine dinamica ad adeguarsi all’evoluzione complessiva dell’ordinamento interno, europeo e internazionale”*, la Corte ha evidenziato come *“il concetto di ordine pubblico di diritto internazionale privato, quale limite alla delibazione di provvedimenti giudiziari stranieri, è stato affrontato anche in ambito economico e contrattuale”*.

91. Pur segnalando che la verifica circa la compatibilità degli effetti della decisione straniera con l’ordine pubblico *“non lascia al giudice investito della verifica alcun margine di valutazione sul merito della decisione adottata, essendogli devoluto solo il controllo estrinseco dell’atto, limitato al “decisum”*,

¹³⁴ Cass. S.U. 8 maggio 2019, n. 12193. In senso analogo v. Cass. Sez. I 14 agosto 2020, n. 17170.

¹³⁵ Cass. 3 marzo 2025, n. 5558 (decreto).

cioè al contenuto precettivo della statuizione”, la Corte ha precisato che detta statuizione vada “pure ricostruita alla luce della parte espositiva della motivazione, e ciò in ragione della “ratio” sottesa a tale disciplina, volta a favorire la circolazione delle sentenze straniere che, all’opposto, sarebbe pregiudicata se il giudizio di riconoscimento assumesse i connotati di un riesame di merito. (In una fattispecie relativa al riconoscimento di una sentenza del Tribunale di Seul in materia finanziaria, la motivazione precisa che “dire che la verifica va compiuta in relazione al dispositivo non sta certo a significare che la Corte d’appello, in sede di giudizio di riconoscimento, debba omettere di prendere cognizione del contenuto della sentenza, sì da intendere, attraverso esso, l’effettiva portata del decisum e, così, la sua conformità o contrasto all’ordine pubblico: giacché, se così fosse, un dispositivo di condanna al pagamento di una somma di denaro non potrebbe mai essere contrario, di per sé, all’ordine pubblico)”.

92. Alla luce delle citate premesse la Corte ha sottolineato che il concetto di “ordine pubblico economico” appaia *“una specificazione della più generale nozione di ordine pubblico internazionale, che plurimi provvedimenti del S.C. hanno preso in considerazione ai fini della deliberazione e riconoscimento di efficacia di provvedimenti giurisdizionali stranieri all’interno dello Stato italiano. Dall’altro, tale concetto è stato comunque affrontato specificamente da Sez. 1, sent. n. 6723 del 07/03/2023, Rv. 667264 – 01 ed utilizzato, sul piano “interno”, da numerose pronunce della Corte di cassazione. Peraltro, se pure è vero che la perimetrazione di tale istituto non è stata effettuata dal S.C. in materia di riconoscimento di provvedimenti stranieri riguardanti la problematica specifica dei contratti di swap conclusi da enti territoriali nazionali, è pure vero che il fenomeno – dal punto di vista dell’ordinamento interno – è stato ripetutamente preso in esame, tanto da dare luogo ad una nota pronuncia delle S.U. n. 8770/2020, più recentemente ripresa da Cass., sez. I, 19 marzo 2024, n. 7368, che ne ha esteso i principi anche all’interest rate swap concluso da società privata”.*

93. La conclusione che viene tratta è che *“l’intervento nomofilattico della Corte anche nel grado più alto ha sostanzialmente conformato i principi ordinatori della validità e compatibilità dei contratti swap stipulati da enti locali al parametro dell’ordine pubblico interno. Al fine di integrare il requisito della “novità della questione” non si richiede che il caso specifico abbia già trovato una soluzione nomofilattica ad hoc, essendo sufficiente che il S.C. abbia dettato dei principi in materia che possano servire da utile guida per il giudice del merito nella soluzione del caso controverso”.*

94. Sembra evidente che la Corte di Cassazione ritenga *“il già definito perimetro normativo e giurisprudenziale dei principi e dei limiti di riferimento”* operato rispetto all’ordine pubblico interno sufficiente ad orientare l’interprete nell’applicazione *in concreto* anche del limite dell’ordine pubblico internazionale, ma ancor più significativo appare che la Corte, in chiusura del suo ragionamento, si premuri di chiarire che *“la verifica degli effetti della decisione straniera nel nostro ordinamento non può prescindere – sia pure senza ripetere il merito del giudizio contenuto nella sentenza straniera oggetto di riconoscimento – nella specie, da un’analisi fattuale, quantomeno relativa alla verifica in concreto che il rapporto abbia svolto una funzione di “copertura” oppure di carattere speculativo, oltre che una verifica sulla qualificazione dei pagamenti effettuati o dovuti dall’ente territoriale. Tale accertamento, in conclusione, influendo sulla loro definizione in termini non di mera gestione, ma di incremento dell’indebitamento dell’ente pubblico, chiama in causa – oltre alle questioni civilistiche di nullità, causa ed oggetto contrattuale dell’operazione negoziale – il connesso profilo pubblicistico del pareggio di bilancio e della competenza dell’ente comunale ad incrementare l’indebitamento che, in relazione all’art. 42 TUEL, richiede l’approvazione del Consiglio dell’ente e non della sola Giunta, su cui pure la giurisprudenza di legittimità a sezioni unite si è espressa”.*

95. Pur astenendosi dal risolvere *ex professo* la questione interpretativa sottoposta alla sua attenzione, la Corte di Cassazione offre argomenti di significativo rilievo a supporto della tesi secondo cui la materia dei derivati finanziari degli Enti locali sia suscettibile di intersecare principi e valori di rango costituzionale che si pongono come presidi di tutela dell’interesse pubblico e, in quanto tali, risultano idonei a integrare il contenuto dell’ordine pubblico internazionale, come in precedenza delineato. Diver-

samente, non si comprenderebbe per quale ragione il decreto in esame richiami la sentenza cd. Cattolica al fine di escludere la novità della questione promossa, né per quale motivo si invitino i giudici di merito a procedere a una verifica della compatibilità delle decisioni straniere in materia di contratti derivati con alcune delle *regulae juris* da essa affermate.

96. A questo proposito vale la pena ricordare che, nella sentenza cd. Cattolica, la Corte, nell'enunciare il principio per cui gli Enti territoriali non sono mai stati legittimati a concludere contratti meramente speculativi, non solo ha richiamato i vincoli dell'equilibrio finanziario e la necessaria finalizzazione dell'indebitamento alle spese di investimento posti dall'art. 119, commi 4° e 6°, Cost., ma ha altresì evocato quella giurisprudenza della Corte costituzionale che ha chiaramente messo in luce come la disciplina delle condizioni e dei limiti di accesso degli Enti territoriali al mercato dei capitali sia ascrivibile *“ad esigenze di coordinamento della finanza pubblica”*¹³⁶ e *“sia determinata dalla spiccata aleatorietà delle negoziazioni aventi ad oggetto gli strumenti finanziari in esame, all'evidente scopo di evitare che possa essere messa in pericolo la disponibilità delle risorse finanziarie pubbliche utilizzabili dagli enti stessi per il raggiungimento di finalità di carattere, appunto, pubblico e, dunque, di generale interesse per la collettività”*¹³⁷. Tale logica, peraltro, è stata enfatizzata anche dal legislatore allorché ha chiarito che le misure di contenimento dell'uso degli strumenti derivati e dell'indebitamento delle regioni e degli Enti locali *“costituiscono principi fondamentali per il coordinamento della finanza pubblica e hanno il fine di assicurare la tutela dell'unità economica della Repubblica ai sensi degli articoli 117, comma 2°, lett. e), e comma 3°, 119, comma 2°, e 120 della Costituzione”* e vadano intese come *“norme di applicazione necessaria”*¹³⁸.

97. Fondamentali principi di rango costituzionale quali l'equilibrio e la certezza del bilancio nonché la sana gestione finanziaria degli Enti locali ispirano anche un'ulteriore *regula iuris* rinvenibile nella sentenza cd. Cattolica. La condizione alla quale la Corte subordina la validità dei derivati di copertura stipulati dagli Enti locali sulla base della disciplina normativa vigente fino al 2013, ovvero *“la precisa misurabilità/determinazione dell'oggetto contrattuale, comprensiva sia del criterio del mark to market sia degli scenari probabilistici, sia dei cd. costi occulti”* è, infatti, significativamente reputata funzionale allo *“scopo di ridurre al minimo e di rendere consapevole l'ente di ogni aspetto di aleatorietà del rapporto, costituente una rilevante disarmonia nell'ambito delle regole relative alla contabilità pubblica, introduttiva di variabili non compatibili con la certezza degli impegni di spesa riportati in bilancio”*.

98. Analogamente, la richiesta l'autorizzazione consiliare, richiesta a pena di nullità per i contratti di swap conclusi dai Comuni italiani *“specie se del tipo con finanziamento upfront, ma anche in tutti quei casi in cui la sua negoziazione si traduce comunque nell'estinzione dei precedenti rapporti di mutuo sottostanti ovvero anche nel loro mantenimento in vita, ma con rilevanti modificazioni”*, risponde ad un principio di contabilità pubblica che ha la funzione di garantire che l'azione dell'ente che utilizza risorse della collettività sia improntata a legalità, imparzialità ed efficienza¹³⁹.

99. Posto ciò, dalla giurisprudenza costituzionale sembra emergere con chiarezza che l'equilibrio e la sostenibilità della finanza pubblica, la responsabilità nell'indebitamento degli Enti territoriali e la veridicità della rappresentazione contabile non rappresentino dei meri canoni organizzativi suggellati a livello costituzionale, ma siano preordinati a presidiare l'assetto istituzionale e funzionale della Repubblica¹⁴⁰. Tale

¹³⁶ Corte Cost. 30 dicembre 2003, n. 376.

¹³⁷ Corte Cost. 18 febbraio 2010, n. 52.

¹³⁸ Cfr. art. 3, Legge 22 dicembre 2008, n. 203, che ha sostituito l'art. 62 del Decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133.

¹³⁹ Per alcune sentenze che hanno negato la delibabilità di una sentenza straniera, per contrarietà all'ordine pubblico italiano, allorché un contratto non fosse stato autorizzato nei termini di quanto prescritto da norme italiane v. Cass. Sez. I 6 aprile 1995, n. 4033; Cass. Sez. I 5 maggio 1989, n. 2102.

¹⁴⁰ Cfr. Corte Cost., 29 aprile 2021, n. 80; Corte Cost., 28 gennaio 2020, n. 4; Corte Cost., 5 marzo 2018, n. 49; Corte Cost., 7 febbraio 2012, n. 18; Corte Cost., 18 febbraio 2010, n. 52; Corte Cost., 29 dicembre 2004, n. 42552.

lettura è condivisa dalla dottrina che ha sottolineato come “vi è l’evidenza che presso la Cassazione è ormai penetrata la consapevolezza, ormai granitica nella giurisprudenza della Corte costituzionale, secondo cui la trasparenza e l’accountability (con ciò intuendosi la capacità del bilancio di fungere quale strumento di controllo democratico, tramite il rispetto di regole procedurali, la resa del conto, l’autorizzazione di spesa e indebitamento con funzione allocativa) rendono il bilancio un bene pubblico (ex plurimis, C. cost. n. 184/1026, n. 228/2017 e n. 18/2019), vale a dire quale strumento fondamentale della democrazia e di controllo dell’esercizio del potere (art. 1 Cost.). Se è questa la ragione del decidere, come crede chi scrive, la sentenza potrebbe costituire la pietra angolare di un nuovo corso giurisprudenziale, in grado di elevare la clausola dell’equilibrio di bilancio all’interno del nostro ordine pubblico, anche internazionale, impedendo l’esecutività e atti e sentenze delle Corti britanniche, ove queste riconoscessero la validità ed efficacia di questi contratti”¹⁴¹. In senso conforme si è rilevato come “ai limiti identificati dalla giurisprudenza civile, in particolare a partire dalla pronuncia delle sezioni unite 12 maggio 2020, n. 8770, in merito all’attività contrattuale degli enti locali in tema di strumenti finanziari derivati, va riconosciuto il carattere della «fondamentalità», sia sul piano formale (che attiene alla loro riconducibilità a norme primarie, anche di rango costituzionale), sia sul piano sostanziale (che attiene alla tipologia degli interessi salvaguardati e al rilievo specifico che essi assumono nell’ordinamento costituzionale). Si deve perciò ritenere che gli stessi limiti abbiano valore di norme di ordine pubblico «internazionale»”¹⁴².

100. Premesso ciò, va segnalato, tuttavia, che la giurisprudenza più recente ha propugnato una tesi radicalmente opposta a quella promossa *supra*. Il riferimento è ad una recente sentenza del Tribunale di Milano¹⁴³, che era stato adito dalla Provincia di Brescia al fine di ottenere il diniego del riconoscimento – per manifesta contrarietà all’ordine pubblico internazionale ai sensi degli artt. 45 reg. UE 1215/2012 – di una decisione inglese che aveva accertato la validità ed efficacia di derivati. Il Giudice meneghino, dopo aver sostenuto — condivisibilmente — che non fosse possibile procedere a un vaglio del merito della pronuncia inglese, operazione del tutto inammissibile alla luce di quanto testualmente prescritto dall’art. 52 del Regolamento (UE) n. 1215/2012, ha chiarito che l’analisi dovesse limitarsi a “una lettura stringente che valorizzi esclusivamente l’eventuale incompatibilità manifesta delle pronunce inglesi con l’ordine pubblico”, in conformità all’art. 45 del medesimo Regolamento. Muovendo da tali premesse, il giudice ha quindi impostato la propria valutazione facendo riferimento a un’accezione transnazionale del limite dell’ordine pubblico, che – come rilevato in precedenza – si era affacciata nel panorama giurisprudenziale in passato¹⁴⁴, ma è stata oggetto di un successivo ripensamento.

101. Ricostruito l’ordine pubblico come “complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l’ordinamento interno in un determinato periodo storico (...) ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell’uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati a un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria” e sottolineato come la verifica di compatibilità non possa impiegare quale parametro di riferimento “le norme con le quali il legislatore ordinario eserciti (o abbia esercitato) la propria discrezionalità in una determinata materia, ma esclusivamente i principi fondamentali vincolanti per lo stesso legislatore ordinario”, il Tribunale di Milano è giunto ad affermare che i principi costituzionali – ricavabili dagli artt. 5, 81, 97, 114 e 119 Cost. – “non possano essere ricompresi nella definizione di ordine pubblico internazionale”, non potendosi ascrivere “alle norme suddette la valenza di principi di carattere universale, comuni ai diversi ordinamenti statali e, pertanto, suscettibili di integrare tale nozione”. Evidenziato come tali norme si limitino “a disciplinare l’organizzazione degli enti

¹⁴¹ Cfr. F. SUCAMELI, Derivati nulli: la Sezioni unite declinano il contratto dentro il principio dell’accountability e danno luogo ad un caso “Hammersmith” italiano, in *Diritto & Conti*, 26 maggio 2020, consultabile alla pagina web <https://dirittoeconci.it/derivati-nulli-la-sezioni-unite-declinano-il-contratto-dentro-il-principio-dellaccountability-e-danno-luogo-ad-un-caso-hammersmith-italiano/?print-posts=pdf>, p. 4.

¹⁴² Cfr. A. TRAVI, “Contratti degli enti locali per strumenti derivati e ordine pubblico internazionale”, *Rivista di Diritto Bancario*, 2024, p. 134.

¹⁴³ Cfr. Trib. Milano 7 gennaio 2026 (causa 16114/2025).

¹⁴⁴ Cass. Sez. I 30 settembre 2016, n. 19599.

locali e la relativa attività economica”, se ne conclude che una loro eventuale violazione non equivalga ad uno stravolgimento dei valori fondanti dell’ordinamento italiano.

102. Tale pronuncia si pone in linea di continuità con una precedente decisione del medesimo organo giudiziario, che era stata successivamente impugnata dinanzi alla Corte d’Appello, la quale aveva da ultimo investito la Corte di Cassazione del già ricordato rinvio pregiudiziale. In quella occasione il Tribunale meneghino aveva respinto il ricorso con cui il Comune di Busto Arsizio, aveva presentato istanza di non riconoscimento - ex art. 45 del regolamento (UE) n. 1215/2012 - degli effetti di una sentenza inglese¹⁴⁵ che - pronunciandosi in merito ad un procedimento esperito in Inghilterra prima che si radicasse il contenzioso in Italia - aveva asseritamente accertato la validità dei contratti derivati conclusi dall’ente locale pur in assenza di una delibera del Consiglio comunale e di un’informativa volta a poter valutare razionalmente la alea e la rischiosità delle obbligazioni assunte. Anche in tale vicenda, il Tribunale, dopo aver evidenziato che era suo compito procedere ad un’interpretazione restrittiva della clausola dell’ordine pubblico nel contesto del Regolamento Bruxelles I *bis* e astenersi da un riesame del merito, aveva escluso in modo *tranchant* che i principi costituzionali rinvenibili negli artt. 81, 97, 118 119 “*per lo più relativi alla finanza pubblica degli enti locali, possano rientrare nella definizione di ordine pubblico fornita dalla giurisprudenza ovvero, come già evidenziato, nel «complesso dei principi fondamentali che caratterizzano la struttura etico-sociale della comunità nazionale in un determinato periodo storico, e nei principi inderogabili immanenti nei più importanti istituti giuridici» (Cass. n. 1680/1984), ovvero nell’«insieme dei valori fondanti dell’ordinamento in un determinato momento storico» (Cass. Sez.Un. n. 12193/2019; Cass. Sez.Un. 16601/2017)»*. Secondo il Tribunale, una lesione dell’ordine pubblico interno (sic) “*non sarebbe configurabile nemmeno in caso di contrasto fra il contenuto della sentenza inglese e i principi di diritto stabiliti da Cass. SS.UU. 8770/2020. Le pronunce delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, infatti, per quanto autorevoli, non sanciscono principi vincolanti per i giudici nazionali nè, a fortiori, per quelli stranieri. Nella sentenza inglese il giudice ha analizzato e valutato i contenuti della sentenza Cattolica e, pur consapevole dell’autorevolezza della stessa, se ne è legittimamente discostato, come è nelle possibilità di qualsiasi giudice italiano. Occorre infine ribadire che, come più volte rilevato dalla Corte di Giustizia dell’Unione Europea, attraverso il limite dell’ordine pubblico «il giudice dello Stato richiesto non può controllare l’esattezza delle valutazioni di diritto o di fatto operate dal giudice dello Stato di origine». La sede idonea per dedurre tali conte-stazioni sarebbe stata quella del giudizio di appello che, seppur legittimamente, non è stato presentato. Svolgere in questa sede gli accertamenti richiesti dal Comune comporterebbe di fatto un riesame nel merito della vicenda, espressamente precluso dall’art. 52 reg. UE 1215/2012. Come già affermato, i poteri di questo giudice sono limitati alla verifica di un eventuale contrasto tra quanto statuito nella sentenza inglese e l’ordine pubblico italiano*”.

103. L’iter logico-argomentativo delle decisioni riportate non pare condivisibile. Dal punto di vista metodologico, è opportuno ricordare come il divieto di riesame del merito - costantemente enfatizzato dalla giurisprudenza italiana sia ai fini della disciplina europea che di quella interna¹⁴⁶ - non imponga certo al giudice richiesto di astenersi dal procedere ad un controllo sul contenuto della decisione straniera fatta valere. Se l’ordine pubblico è un meccanismo di salvaguardia dei valori essenziali dell’ordinamento, un’analisi dei fatti posti a fondamento della sentenza e delle valutazioni in essa compiute è indispensabile per procedere ad una corretta applicazione del limite in esame¹⁴⁷. Promuovere

¹⁴⁵ Cfr. Trib. Milano 6 dicembre 2023 (causa 18657/2022).

¹⁴⁶ Si veda, tra le tante, Cass. Sez. I 24 marzo 2023, n. 8462: “(i)n tema di efficacia di provvedimenti giurisdizionali esteri, l’art. 64 della L. n. 218/1995, che ne esclude il riconoscimento se le disposizioni della sentenza «producono effetti contrari all’ordine pubblico», non lascia al giudice investito della verifica alcun margine di valutazione sul merito della decisione adottata, essendogli devoluto solo il controllo estrinseco dell’atto, limitato al «decisum», cioè al contenuto precettivo della statuizione, sia pure ricostruita alla luce della parte espositiva della motivazione, e ciò in ragione della «ratio» sottesa a tale disciplina, volta a favorire la circolazione delle sentenze straniere che, all’opposto, sarebbe pregiudicata se il giudizio di riconoscimento assumesse i connotati di un riesame di merito”.

¹⁴⁷ Cfr. Cass. Sez. I 5 maggio 1989, n. 2012: “è ovvio, infatti, che solo dopo avere definito il contenuto del negozio potrà esercitarsi il controllo sulla compatibilità della sentenza straniera, che detto negozio ha considerato valido, con l’ordine pubblico italiano”.

questo tipo di controllo non equivale “a sindacare la correttezza giuridica della soluzione adottata” o “accertare la conformità alla legge interna di quella straniera posta a base della decisione”, ma significa semplicemente verificare se sussistano, in concreto, ragioni tali da giustificare l’operatività dell’ordine pubblico quale valvola di chiusura del sistema¹⁴⁸. Come ben chiarito in dottrina, “riesame del merito di una decisione estera e accertamento dei requisiti per il riconoscimento della stessa sono due ipotesi da tenere nettamente distinte e tra le quali non è ammissibile alcuna confusione. Il divieto di procedere al riesame del merito, quindi, non pregiudica la possibilità – anzi il dovere – per il giudice di verificare la presenza delle condizioni richieste per il riconoscimento delle sentenze straniere. Tale verifica, pertanto, è stata definita «riesame del merito sui generis», poiché l’accertamento se ricorrano o meno le condizioni per il riconoscimento degli effetti della sentenza straniera in base al sistema italiano può portare solo ad un accoglimento o ad un rigetto della relativa domanda, ma non, ovviamente, ad una ri-decisione della questione che sfoci in un’autonoma pronunzia nel merito”¹⁴⁹.

105. Al fine di valutare la sussistenza dei motivi ostativi al riconoscimento/esecuzione, il giudice italiano, anche nel contesto del sistema cd. di Bruxelles “non solo è abilitato, ma addirittura, è tenuto ad operare una ri-valutazione delle circostanze fattuali risultanti dalla sentenza straniera, e dal complessivo procedimento da cui essa è scaturita, che gli consentano di verificare se, in concreto, sussistono i presupposti applicativi della ragione impeditiva volta a volta evocata. (...) Una verifica di questo tipo non comporta una violazione del divieto del riesame del merito (...) proprio perché la ri-considerazione degli elementi di fatto estrapolabili dalla decisione non è preordinata a mettere in discussione la bontà in sé della soluzione di merito assunta dal giudice d’origine per comporre la controversia straniera. Al contrario, conviene ripeterlo, la rivalutazione di cui si parla è esclusivamente strumentale all’accertamento degli estremi applicativi dei limiti di riconoscimento/esecuzione dettati dal regolamento; di tal che le circostanze fattuali estrapolabili dalla decisione estera e dallo svolgimento del Relativo procedimento sono solo quelle rilevanti a tale specifico scopo”¹⁵⁰.

106. L’impostazione adottata dal Tribunale di Milano risulta criticabile anche sotto un ulteriore profilo. Nel verosimile intento di evitare letture provinciali o autoreferenziali dell’ordine pubblico internazionale e di favorire un’apertura significativa ai valori giuridici stranieri, il Tribunale è incorso in quella che altrove si è definita come una «internationalist trap»¹⁵¹. L’adesione a una concezione che riduce l’ordine pubblico a un insieme di principi e valori giuridici di portata universale o comuni ai diversi ordinamenti conduce, infatti, a una lettura transnazionale che finisce per attenuare il legame tra l’ordine pubblico internazionale e l’assetto valoriale dell’ordinamento di riferimento, compromettendone la funzione di presidio dell’integrità dell’ordinamento stesso. La difficoltà, sempre più evidente nell’attuale contesto geopolitico frammentato, di individuare valori realmente comuni e condivisi su scala globale, specie in relazione a questioni complesse e politicamente sensibili, induce, peraltro, a dubitare della sostenibilità di lungo periodo di un simile paradigma.

¹⁴⁸ Cfr. P. FRANZINA, “The Purpose and Operation of the Public policy Defence as applied to Punitive Damages, in S. Bariatti, L. Fumagalli, Z. Crespi Reghizzi (a cura di), *Punitive Damages and Private International Law: State of the Art and Future Developments*, Padova, 2019, p. 36: “Reviewing a foreign judgment as to its substance means to determine how the matter would have been adjudicated by a court of the requested State, with a view to excluding the recognition of the judgment in question if its findings do not match with those of its hypothetical local counterpart. The public policy defence, by contrast, no matter whether it entails an analysis of the findings and the reasoning of the court of origin, is solely concerned with one narrow question, namely whether giving effect to the judgment would defeat the fundamental values of the requested State” (enfasi mia).

¹⁴⁹ Cfr. C.E. TUO, *La rivalutazione della sentenza straniera nel regolamento Bruxelles I: tra divieti e fiducia reciproca*, Padova, 2012, p. 46.

¹⁵⁰ Cfr. C.E. TUO, *La rivalutazione della sentenza straniera nel regolamento Bruxelles I: tra divieti e fiducia reciproca*, cit., p. 200. Tale consapevolezza non è certo aliena alla giurisprudenza italiana: sul punto si veda Cass., Sez. III 19 gennaio 2007, n. 1183, ai sensi della quale “l’apprezzamento del giudice della deliberazione sull’eccessività dell’importo liquidato per danni dal giudice straniero e l’attribuzione alla condanna, anche per effetto di tale valutazione, di natura e finalità punitiva e sanzionatoria si risolvono in un giudizio di fatto, riservato al giudice della deliberazione stessa (...)”.

¹⁵¹ Cfr. F. RAGNO, “Public Policy and the New York Convention in Practice: Substantial Convergence or Resisting Fragmentation?”, *Jus Mundi Arbitration Review*, 2025, 2, p. 71.

107. Si ritiene che, qualora il Tribunale di Milano avesse adottato una prospettiva maggiormente ancorata all'ordinamento interno, avrebbe potuto cogliere con maggiore immediatezza la rilevanza cruciale dei valori costituzionali coinvolti, e, al contempo individuare precedenti significativi idonei a orientarne diversamente il percorso argomentativo. Si pensi, ad esempio, ad una pronuncia che ha ritenuto legittimo il diniego di esecuzione di alcune decisioni straniere in quanto il contratto dedotto in causa come *causa petendi* era nullo in quanto “non autorizzato dal ministero a norma dell’art. 2 dl 6 giugno 1956 n. 476” e, quindi, concluso in spregio ad una disposizione “di ordine pubblico in quanto attinente alle esigenze di evitare esodo di capitali all’estero”¹⁵². Sempre in ambito contrattuale, ancora, si può menzionare una decisione che ha negato efficacia a un provvedimento sommario di condanna al pagamento di una somma di denaro in virtù di una garanzia per debiti futuri non recante l’ammontare massimo garantito, in ragione della contrarietà delle statuizioni in esso contenute all’ordine pubblico e ciò secondo il ragionamento per cui alla lettera di *patronage* è applicabile il principio generale di garanzia di ordine pubblico economico dettato dall’art. 1938 c.c., come modificato dalla L. n. 154 del 1992, che prevede la necessaria indicazione nel documento del limite massimo garantito per le obbligazioni future¹⁵³.

IV. *Quo vadis?* Riflessioni critiche su un (discutibile) orientamento della giurisprudenza italiana

108. Delineato il quadro giuridico nei termini di cui sopra, appare ora opportuno soffermarsi su un profilo di recente sottoposto all’attenzione della Suprema Corte e potenzialmente idoneo a incidere in modo significativo sul contenzioso in esame: il riferimento è alla riconoscibilità di decisioni inglesi sulla giurisdizione rese nelle more di procedimenti instaurati in Italia, nell’ambito dei quali la non esclusività delle clausole di scelta del foro contenute nei formulari ISDA –o quanto meno la loro inefficacia derogatoria– costituisce un presupposto della giurisdizione del giudice adito.

109. La questione assume particolare rilievo poiché, come già accennato, a fronte di liti promosse in Italia dagli Enti territoriali, le Banche convenute spesso reagiscono instaurando un giudizio in Inghilterra nel quale fanno valere – *inter alia* – la pretesa esclusività della giurisdizione inglese. Tali iniziative sono suscettibili di sfociare, in tempi molto rapidi, in decisioni che accertano la sussistenza della giurisdizione inglese e condannano gli Enti territoriali alle rifusioni delle spese del giudizio. Orbene, la Corte di Cassazione, con una recente ordinanza, ha affermando la riconoscibilità in Italia di siffatte decisioni, confermando la posizione precedentemente assunta dalla Corte d’appello di Brescia¹⁵⁴. Tale approdo interpretativo solleva non poche perplessità. Esso non solo si pone in contrasto con il tradizionale orientamento secondo cui “l’istituto del riconoscimento delle sentenze riguarderebbe solo le sentenze estere di merito, siano esse di accoglimento o di rigetto, non, invece, quelle di rito. Non solo perché in molti ordinamenti (...) le pronunce di rito hanno solamente un’efficacia endoprocessuale, ma anche perché: (...) anche laddove la pronuncia di rito sia munita di efficacia extraprocessuale, la sua circolazione in altri Stati, seppur tecnicamente possibile, non servirebbe a realizzare l’obiettivo della coerenza tra gli ordinamenti giuridici a livello di beni della vita sostanziale attribuiti ossia la finalità che (...) da sempre costituisce l’unica ragione per cui lo Stato richiesto volontariamente rinuncia ad esercitare l’attività giurisdizionale”,¹⁵⁵ ma produce il paradossale risultato di incentivare il ricorso a “azioni torpedo” idonee

¹⁵² Cfr. Cass. Sez. I 9 giugno 1987, n. 5026: “il contratto intercorso con un cittadino straniero è nullo di pieno diritto se manca tale autorizzazione; dunque, è contraria all’ordine pubblico la sentenza straniera che prende a fondamento tale contratto nullo per dedurre un provvedimento a carico del cittadino italiano, di qualunque natura sia il provvedimento stesso e quale ne sia il suo contenuto”.

¹⁵³ App. Bari, 6 ottobre 2014, consultabile alla pagina web: <https://www.ilcaso.it/sentenze/ultime/11539>.

¹⁵⁴ Cass. Sez. I 3 luglio 2025, n. 18113.

¹⁵⁵ Cfr. A. HENKE, “Verso una nozione europea di res iudicata: l’efficacia extraprocessuale della declinatoria di giurisdizione e il giudicato sui motivi (commento a Corte di Giustizia dell’Unione Europea, 15 novembre 2012, causa C-456/11)”, *Diritto del Commercio Internazionale*, 2013, p. 112. In coerenza con tale impostazione in dottrina si è suggerito che “(s)e all’estero pende un’azione sulla validità o sull’efficacia di un simile accordo e in Italia un giudizio avente ad oggetto delle controversie cui tale accordo si riferisce, si deve ritenere che i due processi non risultino legati da alcuna connessione giuridicamente rilevante, con la conseguente inapplicabilità sia dell’art. 28 Reg., sia dell’art. 7, c. 3, l. n. 218/1995. Infatti l’azione proposta all’estero

ad “affondare” liti già radicate dinanzi al giudice italiano¹⁵⁶. Considerato che l’ordinamento inglese non prevede un meccanismo di coordinamento dei procedimenti paralleli fondato sul criterio della sola prevenzione temporale¹⁵⁷, e tenuto conto della notoria celerità dei procedimenti oltre-Manica, l’impostazione adottata dalla Corte rischia, in concreto, di precludere agli Enti locali italiani qualsiasi effettiva possibilità di accesso alla giustizia dinanzi ai giudici nazionali. Ciò, peraltro, pur a fronte del fatto che la Suprema Corte esclude che l’art. 13 del clausolario ISDA si estenda alle domande extracontrattuali e precontrattuali proposte dagli Enti e fondate sull’attività di consulenza prestata dalle Banche¹⁵⁸.

110. L’ordinanza, di non agevole lettura anche per il contestuale richiamo a discipline normative eterogenee, si fonda su un impianto argomentativo imperniato sul Regolamento Bruxelles I *bis*. In tale contesto, la Corte potrebbe essersi rimasta suggestionata dall’orientamento della Corte di giustizia, secondo cui *“una decisione con la quale il giudice di uno Stato membro abbia declinato la propria competenza sulla base di una clausola attributiva di competenza, in base al rilievo della validità di tale clausola, vincola i giudici degli altri Stati membri sia per quanto concerne la decisione di incompetenza di tale giudice, contenuta nel dispositivo della sua decisione, che per quanto concerne l’accertamento della validità di tale clausola, contenuta nella motivazione di tale decisione, che costituisce il fondamento necessario del dispositivo”*¹⁵⁹. In tale pronuncia l’interpretazione estensiva della nozione di sentenza e di cosa giudicata trova giustificazione nel principio di mutua fiducia che caratterizza lo spazio giudiziario europeo ed è funzionale al perseguimento di specifici obiettivi unionali, quali la prevenzione dei conflitti negativi di giurisdizione e il rafforzamento della prevedibilità del foro competente all’interno dell’Unione¹⁶⁰. La tra-

avrà ad oggetto i soli effetti che l’accordo esplica nello Stato del giudice adito, per cui non può avere alcun rilievo nell’ambito del giudizio instaurato in Italia, ove il patto viene in gioco soltanto nella misura in cui incide sulla giurisdizione dei nostri giudici. In forza di tali considerazioni, non può neppure predicarsi l’identità tra due azioni relative alla validità o all’efficacia di un accordo sulla giurisdizione italiana ex art. 4 l. n. 218/1995 proposte in Stati differenti, per cui, in simili ipotesi, si deve escludere l’applicabilità della disciplina della litispendenza, internazionale o europea che sia” (Cfr. L. PENASA, *Le parti degli accordi sulla giurisdizione e la loro capacità*, Padova, 2012, p. 103).

¹⁵⁶ Del resto già i primi commentatori della legge n. 218/1995 che avevano escluso la riconoscibilità di una sentenza straniera laddove il giudicato italiano fosse più ampio, avevano fatto notare come anche nel caso in cui il giudicato straniero fosse “più ampio – configurandosi così solo un parziale conflitto di giudicati «a favore» dell’ordinamento straniero – vi è da dubitare che sia logico garantire la prosecuzione degli effetti di situazioni rispetto alle quali l’ordinamento italiano aveva già affermato la propria competenza giurisdizionale in epoca «non sospetta»” (M. MARESCA, “Art. 64”, cit., p. 1482).

¹⁵⁷ In tema sia consentito a rinviare a F. RAGNO, “Lis alibi pendens in international commercial arbitration”, *Diritto del Commercio Internazionale*, vol. 32, p. 169.

¹⁵⁸ Cass. S.U. 29 maggio 2023, cit.

¹⁵⁹ CGUE, 15 novembre 2012, C-456/11, *Gothaer Allgemeine Versicherung AG*, ECLI:EU:C:2012:719, punto 41.

¹⁶⁰ Per una decisione della Cassazione italiana che, con riguardo al Regolamento cd. Bruxelles I *bis*, sembra recepire l’approccio della Corte di giustizia in relazione ad una causa in materia di derivati, v. Cass. S.U. 15 luglio 2024, n. 18346. La Suprema Corte, nel caso di specie, aveva deciso un regolamento di giurisdizione promosso da una Banca nei confronti della Provincia di Brescia, dichiarando il difetto della giurisdizione italiana in considerazione del fatto che, prima dell’instaurazione del giudizio in Italia da parte della Provincia, la Banca aveva avviato un contezioso in Inghilterra che si era concluso con l’accertamento della giurisdizione inglese anche rispetto ai profili dei quali era stato investito il giudice italiano: *“tale unico rapporto è allora coperto dal giudicato, sotto ogni profilo dedotto o ivi deducibile, formatosi sull’accertamento, reiteratamente richiamato, della Corte inglese della propria giurisdizione, in applicazione degli articoli 25, primo comma (...), in riferimento al riconoscimento delle sentenze sulla proroga di competenza (id est: giurisdizione) tra gli Stati membri dell’Unione Europea (di cui, all’epoca di introduzione del giudizio davanti alla High Court of Justice di Londra, l’Inghilterra ancora era parte). E ciò, in applicazione del principio in virtù del quale il giudicato copre il dedotto e il deducibile, che concerne i suoi limiti oggettivi, il cui ambito di operatività è correlato all’oggetto del processo e riguarda, perciò, tutto quanto rientri nel suo perimetro, estendendosi non soltanto alle ragioni giuridiche e di fatto esercitate in giudizio, ma anche a tutte le possibili questioni, proponibili in via di azione o eccezione, che, sebbene non dedotte specificamente, costituiscono precedenti logici, essenziali e necessari, della pronuncia (Cass. 4 marzo 2020, n. 6091; Cass. 11 gennaio 2024, n. 1259, che, ribaditi i suenunciati principi, ha chiarito non estendersi i limiti oggettivi del giudicato, anche con riguardo al deducibile, a domande diverse per petitum e causa petendi, rispetto alle quali può porsi soltanto il problema di un’eventuale preclusione, che tuttavia non può ritenersi sussistente in ragione del mero rapporto di connessione intercorrente con una domanda già proposta in un giudizio precedente, in quanto la connessione incide normalmente sulla competenza del giudice, ma non postula il necessario cumulo delle domande connesse). Pertanto, qualora due giudizi tra le stesse parti facciano riferimento al medesimo rapporto giuridico ed uno di essi sia stato definito con sentenza passata in giudicato, l’accertamento così compiuto in ordine alla situazione giuridica ovvero alla soluzione di questioni di fatto e di diritto relative ad un punto fondamentale comune ad entrambe la cause, formando la premessa logica indispensabile della statuizione contenuta nel dispositivo della sentenza, preclude il riesame dell’identico*

sposizione di tale orientamento – peraltro non esente da rilievi critici¹⁶¹ – a fattispecie estranee all’ambito di applicazione dei regolamenti dell’Unione non pare, in ogni caso, sostenibile, poiché finirebbe per introdurre significative distorsioni negli ordinamenti nazionali¹⁶², prive di una giustificazione riconducibile all’esigenza di garantire l’*effet utile* della normativa eurounitaria¹⁶³.

111. Peraltro, come la stessa Corte di giustizia ha recentemente affermato, anche nello spazio giudiziario europeo basato sulla fiducia reciproca, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni di uno Stato membro può essere negato alla luce del limite dell’ordine pubblico laddove “*il principio (...) secondo cui ogni giudice si pronuncia sulla propria competenza*” venga leso¹⁶⁴. Nel caso di specie i giudici europei, investiti di un rinvio pregiudiziale promosso dalla Corte suprema greca in epoca pre-Brexit, avevano ritenuto legittimo il diniego di riconoscimento per contrasto con l’ordine pubblico di una decisione inglese – definita una “quasi” *anti-suit injunction* – che ostacolava “*la prosecuzione di un procedimento pendente dinanzi ad un altro giudice di tale primo Stato membro, concedendo ad una delle parti un indennizzo pecuniario provvisorio a titolo delle spese da essa sostenute per avviare tale procedimento, per il motivo che, da un lato, l’oggetto di detto procedimento è coperto da un accordo transattivo, lecitamente concluso e omologato dal giudice dello Stato membro che ha pronunciato la decisione suddetta, e che, dall’altro, il giudice del primo Stato membro, dinanzi al quale è stato avviato il procedimento controverso, difetta di competenza per effetto di una clausola attributiva di giurisdizione esclusiva*”¹⁶⁵.

112. La decisione richiamata, sebbene riferibile al sistema di Bruxelles, è di interesse perché ben rappresenta l’effetto di ingerenza, sulla giurisdizione di giudici stranieri, di decisioni inglesi che, muovendo dalla portata esclusiva dell’*electio fori* a favore dei propri tribunali, accordino indennizzi per le iniziative giudiziarie promosse in spregio a dette clausole. Il risarcimento per violazione di accordi di scelta del foro (di natura esclusiva) è un rimedio sostanziale noto all’ordinamento inglese¹⁶⁶, che muove

punto di diritto accertato e risolto, anche se il successivo giudizio abbia finalità diverse da quelle che hanno costituito lo scopo ed il *petitum* del primo (Cass. 26 ottobre 2018, n. 27304)”.

¹⁶¹ Si vedano ad esempio i rilievi critici della dottrina circa il problematico “rapporto tra la soluzione prospettata dalla decisione in commento sul vincolo di ogni giudice UE ad una declinatoria di giurisdizione pronunciata da uno di loro con il principio secondo cui ogni giudice è giudice della propria giurisdizione (*Kompetenz - Kompetenz*)”: cfr. Henke, *op. ut. cit.*, p. 1120.

¹⁶² Cfr. A. MALATESTA, G. VITELLINO, “Gli accordi di scelta del foro nello spazio di giustizia europeo”, *Università Cattaneo Working Papers* 9, 2020, <http://dx.doi.org/10.25428/2532-554X/93>, p. 18: “vale la pena di sottolineare en passant che la circolazione europea della sentenza processuale che si realizza in questo modo è una novità dirompente per l’ordinamento italiano ove di regola solo le pronunce della Corte di Cassazione sono dotate di efficacia extraprocessuale o di giudicato sostanziale, mentre, diversamente da ordinamenti come quello tedesco e francese, tali decisioni dei tribunali di merito, anche se passate in giudicato, non spiegano effetti fuori dal processo ove sono rese, nemmeno nei confronti di giudici nazionali”.

¹⁶³ Sottolinea come il ragionamento della Corte si fondi sul fatto che la valutazione della validità dell’accordo di proroga della giurisdizione si basi sulla disciplina europea e non su quella nazionale E. D’ALESSANDRO, “L’incidenza delle pronunce della Corte di Giustizia sulla portata delle pronunce italiane in punto di giurisdizione. I Casi Interedil e Gothaer”, *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, 2019, p. 60: “come ha osservato la Corte di giustizia, se fosse consentito al giudice di altro Stato membro di considerare come nulla o inefficace una clausola attributiva della giurisdizione che il giudice dello Stato membro di origine ha ritenuto valida ed efficace, una simile affermazione, oltre a far sorgere il rischio di un conflitto negativo di giurisdizioni «rimetterebbe in discussione non soltanto le conclusioni preliminari del giudice dello Stato membro d’origine in merito alla validità della clausola attributiva di competenza ma anche la decisione di tale giudice di escludere la propria competenza in quanto tale». Ciò si verifica(va), in particolare, tutte le volte in cui la validità ed efficacia dell’accordo attributivo della giurisdizione veniva valutato, dal secondo giudice, sulla base delle medesime disposizioni processuali applicate dal primo, i.e. quando si verte(va) entro la sfera di applicazione dell’art. 23 reg. C.E. n. 44/2001 ovvero dell’art. 23 della Convenzione di Lugano del 2007; non, invece, quando la valutazione è posta in essere in base al diritto processuale nazionale”.

Nel senso che “(i)l senso complessivo di tale operazione ermeneutica compiuta dalla Corte di giustizia non è dunque, quello di fissare una nozione di giudicato europeo sostitutiva delle concezioni nazionali, ma di affermare, giustapponendo quella a queste, che la sentenza oggetto di riconoscimento deve circolare in ambito comunitario nell’insieme delle sue statuizioni, quale prima regola del rapporto fra le parti, con un’autorità e un’efficacia non diversa e, dunque, né maggiore né minore di quella valevole nello Stato membro in cui essa è stata pronunciata” v. Cass. Sez. II 16 maggio 2014, n. 10853.

¹⁶⁴ CGUE 7 settembre 2023, *Charles Taylor Adjusting Limited e FD contro Starlight Shipping Co. e Overseas Marine Enterprises Inc.*, C-590/21, ECLI:EU:C:2023:633, punto 39.

¹⁶⁵ CGUE 7 settembre 2023, *ult. cit.*, punto 41.

¹⁶⁶ Si noti che tale rimedio è stato recentemente riconosciuto anche nell’ordinamento tedesco: Bundesgerichtshof, 17 ottobre 2019, n. 42, *Rivista di Diritto Processuale*, 2020, p. 786 ss. (traduzione italiana). Nel caso di specie la tutela risarcitoria era

dal presupposto per cui le parti, nel prorogare la giurisdizione di un solo ed unico giudice, si siano contrattualmente vincolate a non radicare il contenzioso altrove¹⁶⁷. È evidente che tale rimedio, preordinato a garantire - quanto meno *ex post* - l'effettività dei patti sulla giurisdizione, produce effetti non troppi difformi da quelli riconducibili alle cd. *anti-suit injunctions*¹⁶⁸, provvedimenti *in personam* che i giudici inglesi possono discrezionalmente adottare al fine di inibire alle parti l'instaurazione o la prosecuzione di un giudizio dinanzi ad un giudice straniero, a pena di contempt of court¹⁶⁹.

113. Come sottolineato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Charles Taylor supra* richiamata, decisioni che accertino la portata esclusiva della giurisdizione del tribunale adito e accordino indennizzi per aver avviato procedimenti dinanzi ad un giudice diverso da quello designato non hanno “*ad oggetto il divieto ad una parte di proporre o di proseguire un'azione dinanzi ad un organo giurisdizionale straniero*”, ma producono non di meno “*l'effetto di dissuadere dall'adire organi giurisdizionali*” (non

stata accordata in relazione ad una lite che era stata radicata dinanzi ad un giudice statunitense in spregio ad un accordo che prorogava - in termini esclusivi - la giurisdizione del tribunale di Bonn. Si noti che i giudici tedeschi, in tale occasione, hanno sottolineato come “*la configurabilità di obblighi risarcitori non implica una deprecabile revisione [nel merito] della decisione del giudice del forum derogatum, specie quando quest'ultimo, alla luce di tutte le rilevanti circostanze, abbia negato la propria giurisdizione*”. Per una sentenza spagnola che, in uno scenario non dissimile in cui era stato designato come giudice esclusivamente competente un tribunale iberico, ha riconosciuto un indennizzo alla parte convenuta all'estero v. Tribunal Supremo, 12 gennaio 2009, ECLI ES:TS:2009:263.

¹⁶⁷ Cfr. E. D'Alessandro, “Danno da inadempimento dell'accordo di scelta del foro esclusivo: un'importante sentenza del Bundesgerichtshof”, *Rivista di Diritto Processuale*, 2020, pp. 784-785: “(p)er meglio comprendere in cosa consista questo rimedio di natura risarcitoria, giova ricordare che (in particolare) in Inghilterra la giurisdizione è considerata un istituto avente carattere pubblicistico, di cui le parti non possono disporre. La categoria degli accordi processuali (...) è sconosciuta. Piuttosto, l'accordo di scelta del foro esclusivo è concepito come un accordo contrattuale di natura meramente privatistica con cui le parti si impegnano ad agire in giudizio soltanto avanti al giudice designato nella clausola, e si impegnano altresì a non attivarsi innanzi a qualsiasi altra autorità giudiziaria (primary obligations). In particolare, la violazione di quest'ultimo obbligo, sostanziandosi in un inadempimento contrattuale, origina una responsabilità risarcitoria (secondary obligation). L'importo dei danni risarcibili è fatto tendenzialmente coincidere con l'importo delle spese sostenute per difendersi innanzi al giudice non designato nell'accordo, specialmente quando il giudizio si sia svolto in un ordinamento processuale che non conosce la regola secondo cui le spese seguono la soccombenza (ad es. gli Stati Uniti) e il giudice straniero abbia chiuso il giudizio in rito, declinando la propria giurisdizione, stante la sussistenza di un valido ed efficace accordo di scelta del foro, senza provvedere sulle spese. L'identificazione del danno risarcibile con l'importo delle spese sostenute per difendersi nel foro non prescelto costituirebbe applicazione della regola per cui il danneggiato, dopo il risarcimento, deve trovarsi nella stessa situazione in cui si sarebbe trovato se entrambe le parti avessero rispettato le obbligazioni contrattuali assunte. Per il caso in cui, invece, il giudice straniero abbia deciso la causa nel merito, si ritiene che il risarcimento possa consistere in una somma corrispondente a quanto la parte soccombente ha dovuto pagare alla controparte in attuazione della sentenza o per effetto di una successiva transazione”.

¹⁶⁸ In questo senso cfr., in dottrina, M. Petersen Weiner, “EuGH: ECJ on “Quasi-Anti-Suit Injunctions” – Old Wine in New Bottles?”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2024, p. 938: “the objective of these damage claims in respect to the foreign proceedings is typically the same as that pursued with anti-suit injunctions – namely, that the plaintiff in the foreign proceedings immediately withdraws all pending actions abroad in keeping with the jurisdiction clause as agreed on, and upon withdrawal of the claim, the court is ultimately prevented from stating the breach itself”.

¹⁶⁹ Nel senso che tali *escamotages* procedurali interferiscano indebitamente con la giurisdizione e la sovranità dello Stato estero ove si è radicato il procedimento v. OLG Düsseldorf 10 gennaio 1996, 3 VA 11/95, in EuZW, 1996, p. 351: “in base alle norme processuali rilevanti e ai trattati internazionali esistenti, sono gli stessi tribunali tedeschi a decidere esclusivamente se sono competenti a decidere una controversia o se devono rispettare la giurisdizione di un altro tribunale nazionale o straniero. Né i tribunali stranieri possono impartire istruzioni per stabilire se e in quale misura (in termini di tempo e di contenuto) un tribunale tedesco possa o meno conoscere di una determinata controversia. Infine, una diversa conclusione non può basarsi sul fatto che l'ingiunzione non è rivolta direttamente allo Stato tedesco o ai tribunali tedeschi, ma è indirizzata ad un privato. Il principio del libero accesso ai tribunali tedeschi, che di per sé è espressione della sovranità dello Stato e deve essere garantito da tutti gli organi statali, comprende anche il diritto di ogni individuo ad adire i tribunali”. Nella giurisprudenza italiana per una decisione che, rispetto al procedimento italiano preveniente, ha considerato irrilevante un'anti-suit injunction emanata da un giudice inglese nell'ambito di una controversia disciplinata dalla Convenzione di Bruxelles cfr. Trib. Latina 29 maggio 2003, in Dir. mar., p. 952 ss. In quel contesto, peraltro, il tribunale aveva ritenuto di non essere vincolato nemmeno alla sentenza inglese dichiarativa della propria giurisdizione “in ragione della palese e dolosa violazione del dettato convenzionale in materia e stante la precedenza della controversia, in questa sede instaurata, rispetto a quella pendente davanti ad altro Stato contraente”. Per una sentenza francese che si distingue in quanto non si allinea allo scetticismo che le anti-suit injunctions normalmente suscitano negli ordinamenti di civil law (cfr. M. Ahmed, *The nature and enforcement of choice of court agreements. A comparative Study*, Hart, 2017, p. 131) v. Cass. 1e civ. 14 ottobre 2009, *Zone Brands Europe c. In Zone Brands Inc.*, in Bulletin, 2009, I, n° 207.

inglesi) o “*dal mantenere dinanzi ad essi un’azione avente lo stesso oggetto di quelle intraprese dinanzi agli organi giurisdizionali del Regno Unito*”.

114. In virtù dell’assimilazione funzionale tra meccanismo risarcitorio e tutela (processuale) inibitoria e muovendo dall’incompatibilità delle *anti-suit injunctions* con il diritto processuale europeo visto il loro effetto di “*ingerenza nella competenza del giudice straniero*”¹⁷⁰, i giudici europei hanno ritenuto che “*le sentenze e le ordinanze della High Court*” siano qualificabili come “*«quasi» anti-suit injunctions*», in quanto esercitano indirettamente un’influenza sulla prosecuzione di un procedimento avviato dinanzi ai giudici di un altro Stato membro” e non rispettino “*il principio generale elaborato dalla giurisprudenza della Corte secondo cui ciascun giudice adito accerta esso stesso, in forza delle disposizioni ad esso applicabili, la propria competenza a pronunciarsi sulla controversia sottopostagli*”. Sulla base di tale promessa la Corte ha rilevato che siffatte “*quasi anti-suit injunctions*» vadano “*in senso opposto alla fiducia che gli Stati membri accordano reciprocamente ai loro sistemi giuridici e alle loro istituzioni giudiziarie e sulla quale è fondato il sistema di competenze del regolamento cd. Bruxelles*” e possano “*risultare incompatibili con l’ordine pubblico dell’ordinamento giuridico dello Stato membro richiesto, nei limiti in cui sono idonee a pregiudicare il principio, fondamentale nello spazio giudiziario europeo basato sulla fiducia reciproca, secondo cui ogni giudice si pronuncia sulla propria competenza*”, impattando altresì negativamente “*sull’accesso al giudice della persona cui esse sono opposte. Infatti (...) concedendo, sotto forma di indennizzo pecuniario provvisorio, la vittoria delle spese che il convenuto sostiene a causa dell’avvio di un procedimento pendente dinanzi al giudice dello Stato membro richiesto, tale indennizzo rende più difficile, se non, addirittura, impedisce, la prosecuzione di detto procedimento da parte del richiedente*”.

115. Al netto delle argomentazioni fondate sulla fiducia reciproca che non sono ovviamente esportabili al di fuori dello spazio giudiziario europeo, la richiamata decisione della Corte di giustizia delinea in modo molto chiaro quale è l’impatto del rimedio risarcitorio sui procedimenti paralleli e quale è la sua incidenza sulla *Kompetenz-Kompetenz dei giudici di altri Paesi*¹⁷¹.

V. Conclusioni

116. La vicenda dei contratti derivati stipulati dagli Enti pubblici territoriali italiani conferma come la dimensione transnazionale del contenzioso ne accentui in modo significativo la complessità, imponendo un’attenta opera di inquadramento e di coordinamento delle regole di diritto internazionale privato. Tale operazione si rivela imprescindibile tanto ai fini dell’accertamento della giurisdizione italiana quanto con riferimento alla circolazione, nell’ordinamento interno, di eventuali decisioni rese in materia dai giudici inglesi.

117. Sotto il primo profilo, l’uscita del Regno Unito dall’Unione europea impone al giudice italiano una ricostruzione particolarmente rigorosa del sistema delle fonti applicabili, rendendo più articolata la verifica della portata ed effettiva esclusività delle clausole giurisdizionali contenute negli *ISDA*

¹⁷⁰ Cfr. CGCE 27 aprile 2004, *Turner contro Grovit*, C-159/02, EU:C:2004:228, punto 27; CGUE 10 febbraio 2009, *Allianz SpA e Generali Assicurazioni Generali SpA contro West Tankers Inc.*, C-185/07, EU:C:2009:69, punto 34; CGUE 13 maggio 2015, *Gazprom OAO contro Lietuvos Respublika*, C-536/13, EU:C:2015:316, punto 32.

¹⁷¹ Anche nella dottrina inglese vi è una certa consapevolezza del problematico *enforcement* delle decisioni che accordano il risarcimento danni per violazione di accordi di scelta del foro: “*the crucial question is the likelihood of the recognition and enforcement of an award of damages where for all practical purposes the enforcement of such judgment bears very close resemblance to the effects of anti-suit injunction on the jurisdiction and judgments apparatus of the foreign court. Indeed, the enforcement of the judgment awarding damages may render the future commencement or continuance of proceedings on the substantive contract in the foreign court futile or contradict an actual judgment of the foreign court on the substantive contract by second-guessing and nullifying or reversing its effects*” (M. AHMED, *The nature and enforcement of choice of court agreements. A comparative Study*, cit., p. 128). Nel senso che le decisioni in esame fatichino ad avere “*international legs*” v., anche, A. BRIGGS, *Agreements on Jurisdiction and Choice of Law*, Oxford, 2008, p. 321.

Master Agreements. Tali clausole, infatti, risultano essere state originariamente concepite sul presupposto di una piena integrazione del Regno Unito nello spazio giudiziario europeo, presupposto che, a seguito della Brexit, è definitivamente venuto meno.

118. Quanto alla circolazione delle decisioni rese in epoca successiva alla Brexit, si delinea un assetto normativo stratificato e composito, nel quale, ferma restando la persistente applicabilità della disciplina generale di cui alla legge n. 218 del 1995, assumono rilievo sia la possibile reviviscenza della Convenzione bilaterale del 1964 sia, in prospettiva futura, l'operatività della Convenzione dell'Aja del 2019. In tale quadro, indipendentemente dal regime concretamente applicabile, assumono una funzione centrale i meccanismi di chiusura del sistema, e in particolare il limite dell'ordine pubblico — inteso quale clausola di salvaguardia essenziale dei principi e dei valori fondamentali dell'ordinamento — nonché il criterio della litispendenza, nei casi in cui il giudizio italiano sia stato previamente instaurato e quello inglese presenti carattere sostanzialmente “speculare”.

119. È proprio alla luce di tali coordinate che appare problematica la recente emersione, nel contesto della saga dei contratti derivati stipulati dagli Enti pubblici territoriali italiani, di un orientamento giurisprudenziale favorevole alla riconoscibilità in Italia di decisioni inglesi sulla giurisdizione. Un simile approccio rischia di determinare indebiti effetti di interferenza sull'esercizio della *Kompetenz-Kompetenz* del giudice italiano preventivamente adito, finendo per ostacolare, in ultima analisi, l'effettivo esercizio del diritto di accesso alla giustizia, in Italia, da parte dei predetti Enti.

Los pactos sucesorios en Europa: hacia un marco común a través del Reglamento (UE) 650/2012 - estudio crítico y prospectivo

Succession Agreements in Europe: towards a Common Framework under Regulation (EU) 650/2012 - critical and prospective study

MANUEL JESÚS BRENES FLORES

Profesor de Derecho internacional privado

Universidad Pablo de Olavide

ORCID ID: 0009-0007-3934-8994

Recibido: 09.11.2025 / Aceptado: 14.01.2026

DOI: 10.20318/cdt.2026.10262

Resumen: El estudio examina los pactos sucesorios en el marco del Reglamento (UE) 650/2012 desde una perspectiva comparada y crítica. La metodología combina el análisis dogmático y sistemático de las normas nacionales y europeas con la jurisprudencia del TJUE y de los principales tribunales de Alemania, España, Francia, Italia y Reino Unido. Se abordan las tensiones derivadas de la diversidad normativa, en especial sobre la legítima, el orden público y la coordinación entre sistemas. El trabajo propone criterios comunes para reforzar la seguridad jurídica, clarificar la elección de ley y limitar la invocación del orden público.

Palabras clave: Reglamento (UE) n.º 650/2012, pactos sucesorios, residencia habitual.

Abstract: This study examines succession agreements within the framework of Regulation (EU) No 650/2012 from a comparative and critical perspective. The methodology combines a dogmatic and systematic analysis of national and European norms with the case law of the CJEU and of the main courts of Germany, Spain, France, Italy and the United Kingdom. It addresses the main tensions arising from regulatory diversity, especially regarding the reserved portion, public policy, and coordination among legal systems. The paper proposes common criteria to strengthen legal certainty, clarify the choice of law and limit the use of public policy.

Keywords: Regulation (EU) No 650/2012, succession agreements, habitual residence.

Sumario: I. Introducción. – II. Fundamento y naturaleza jurídica de los pactos sucesorios en Europa. 1. Definición, caracteres y elementos esenciales; 2. Naturaleza jurídica: contrato y disposición *mortis causa*; 3. Objetivo y utilidad práctica de los pactos sucesorios; 4. Historia y evolución normativa; 5. El Reglamento (UE) 650/2012 como punto de partida; 6. Estudio comparado crítico. Principales tradiciones jurídicas europeas frente a los pactos sucesorios. – III. Hacia un marco común europeo sobre pactos sucesorios. 1. Clarificación de las reglas de elección de ley; 2. Debates doctrinales y perspectivas teóricas; 3. Soluciones ante conflictos derivados de la cláusula de orden público; 4. Armonización de estándares mínimos para el reconocimiento transfronterizo; 5. Ventajas y dificultades prácticas de la armonización – IV. Jurisprudencia europea y casos emblemáticos del Reglamento 650/2012. – V. Propuestas complementarias para la armonización y la modernización.

1. Evaluación crítica de las propuestas; 2. Pactos sucesorios y activos digitales: retos emergentes; 3. Reflexiones finales sobre el camino hacia una cultura del pacto sucesorio; 4. La mirada más allá de Europa – VI. Conclusiones.

I. Introducción

1. La figura del pacto sucesorio ha ocupado un lugar secundario en el Derecho de sucesiones europeo durante décadas. A mediados del siglo XX la mayoría de los ordenamientos europeos la prohibían o la toleraban con reservas, protegiendo un núcleo indisponible para los herederos forzosos y privilegiando el testamento como forma ordinaria de disponer sobre la herencia. Sin embargo, en el contexto transnacional contemporáneo marcado por la libre circulación de personas, bienes y capitales, las herramientas de planificación sucesoria han cobrado un nuevo protagonismo. Cada vez es más frecuente que una persona posea bienes en distintos Estados miembros y mantenga vínculos con varios ordenamientos jurídicos. Por ello, la diversidad normativa sobre pactos sucesorios genera inseguridad tanto para los particulares como para los operadores jurídicos, y la entrada en vigor del Reglamento (UE) 650/2012 (Reglamento Europeo de Sucesiones, en adelante RES) hace justamente ahora diez años, ha sido un intento de armonizar las reglas de Derecho internacional privado aplicables a las sucesiones *mortis causa*. La presente contribución propone analizar críticamente la situación actual de los pactos sucesorios en Europa, valorar la aplicación del RES desde 2015 y realizar propuestas normativas que permitan avanzar hacia un marco común europeo realmente eficaz.

2. El trabajo se estructura de manera sistemática: en primer lugar se delimita el concepto y la naturaleza jurídica de los pactos sucesorios; a continuación, se analiza la manera en que el RES aborda estos acuerdos y las principales dificultades interpretativas detectadas; en un tercer bloque se lleva a cabo un estudio comparado de los ordenamientos de Alemania, España, Italia, Francia y Reino Unido; y en un cuarto apartado se formulan propuestas para mejorar la coordinación normativa. Finalmente, se presenta una conclusión crítica y prospectiva. El objetivo no es únicamente describir la situación legislativa vigente, sino ofrecer una mirada crítica y propositiva que combine el Derecho comparado, la teoría jurídica y la práctica de los operadores jurídicos participantes en las sucesiones. La metodología utilizada se basa en el análisis de fuentes doctrinales y jurisprudenciales, complementada con consultas a la doctrina reciente y al marco normativo europeo.

II. Fundamento y naturaleza jurídica de los pactos sucesorios en Europa

1. Definición, caracteres y elementos esenciales

3. El punto de partida para cualquier estudio sobre pactos sucesorios debe ser la delimitación conceptual. Una concepción estricta circunscribe el pacto a un acuerdo mediante el cual el futuro causante designa contractualmente a sus sucesores, y una amplia comprende todo acuerdo que restrinja o modifique la libertad dispositiva del causante sobre su patrimonio *mortis causa*.¹

4. En el Derecho español, en sentido estricto, el pacto sucesorio no se limita a la institución de un heredero, sino que abarca diversas disposiciones contractuales orientadas a la transmisión interge-

¹ El Diccionario del Español Jurídico de la Real Academia Española (RAE) lo define como aquel “acuerdo o convención contractual que limita las facultades dispositivas *mortis causa*”. *Passim*, en A. M. URRUTIA BADIOLA, “Pactos sucesorios al alza”, *El Notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, 2023 (<https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-109/academia-matritense-del-notariado/12111-pactos-sucesorios-al-alza>). *Vid. esp.* S. Seeger, “Qualifikation der Erbverzichtsverträge in der EuErbVO”, en *Erbverzichte im neuen europäischen Kollisionsrecht*, Heidelberg: Mohr Siebeck, 2018, p. 93. <https://doi.org/10.1628/978-3-16-155839-9>.

neracional. Por su parte, el Derecho francés lo define como un convenio destinado a crear o renunciar a derechos sobre una sucesión aún no abierta, mientras que el art. 458 del C. Civ. It. incluye todos los acuerdos por los que una persona dispone de su sucesión o renuncia a derechos sucesorios. El Derecho alemán, ofrece una definición negativa prohibiendo cualquier disposición sucesoria contractual salvo el nombramiento de herederos, legados y cargas testamentarias; mientras que en el ordenamiento anglosajón se admite que dos o más personas acuerden la distribución de sus patrimonios futuros, sin prohibición expresa de los acuerdos *mortis causa*.

5. Desde una perspectiva doctrinal amplia, el RES define los pactos sucesorios como “todo acuerdo, incluido el resultante de testamentos recíprocos, por el que se confieran, modifiquen o revoken derechos sucesorios”. Bajo esta definición, no solo se contemplan pactos de sucesión, sino también acuerdos de “no suceder” y los pactos de disposición futura. Los elementos comunes que caracterizan a esta figura, sintetizados por Urrutia Badiola, incluyen la capacidad para su otorgamiento (generalmente mayores de edad), su carácter personalísimo, la exigencia de forma pública como garantía, la variedad de modalidades existentes y el estatus jurídico resultante tanto para instituyente como instituido. A ello se suma la responsabilidad contractual derivada del incumplimiento de los pactos y la relevancia de los actos de renuncia o aceptación de derechos hereditarios.²

6. El estudio de los pactos sucesorios no estaría completo sin un análisis pormenorizado de las modalidades existentes. En función de la obligación asumida y del tipo de intervención de las partes se distinguen, como he avanzado al lector, tres categorías principales: pactos de suceder (*pacta de succedendo*), pactos de renuncia (*pacta de non succedendo*) y pactos de disposición futura de la herencia (*pacta de disponendo*). Cada categoría engloba distintas variantes que conviene explorar en detalle, pues evidencian la diversidad de finalidades que cada una de estas presenta³ y, con ello, de las estructuras contractuales.

7. **Pactos de suceder.** También denominados pactos de institución o de heredamiento, tienen como finalidad designar a uno o varios sucesores para la totalidad o una parte del patrimonio del causante. Estos acuerdos no se limitan a una mera designación nominal; suelen incluir cláusulas relativas a la administración de los bienes, los poderes conferidos al sucesor, las cargas impuestas a la herencia y las condiciones de eficacia. En muchos ordenamientos, estos pactos se asimilan a contratos de donación de bienes futuros o incluso a transmisiones *inter vivos* con eficacia *post mortem*. En Galicia, p.ej., el heredamiento se utiliza para transmitir fincas agrícolas a un hijo con la carga de cuidar al otorgante y satisfacer la legítima de los hermanos; en Aragón, las instituciones familiares permiten designar heredero a un pariente que no sea descendiente. En Alemania, los pactos de heredero permiten designar al sucesor único de la empresa familiar, asegurando la continuidad del negocio.

8. **Pactos de renuncia.** Denominados también pactos de *no suceder*, consisten en la renuncia anticipada del legitimario o heredero forzoso a sus derechos sucesorios a cambio de una contraprestación. El renunciante recibe un bien en vida o una compensación económica y, a cambio, renuncia a reclamar la legítima en el futuro. En el Derecho alemán, la renuncia al *Pflichtteil* es frecuente y se considera válida si se formaliza notarialmente y se compensa de manera justa; los tribunales controlan la proporcionalidad para evitar abusos. En los derechos forales españoles existen distintas variantes como el pacto de definición balear que implica la renuncia a la legítima por parte del descendiente a cambio de bienes presentes o el pacto de finiquito que puede ser general (renuncia global) o especial (limitado a ciertos bienes); y el pacto de apartación gallego que supone la atribución de bienes al legitimario, quien se aparta de la herencia futura. Estas modalidades evidencian cómo la renuncia contractual permite modular la legítima sin suprimirla, al tiempo que proporciona liquidez y certeza a los herederos.

² M. ANDERSON, “Una aproximación al derecho de sucesiones inglés”, *Anuario de derecho civil*, Estudios monográficos, vol. 59, n.º 3, 2006, p. 1265.

³ J. CERDÁ GIMENO y L. PUIG FERRIOL, *Pactos sucesorios: (del porqué de su prohibición y su aplicación en la práctica)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 29.

9. El *pactum non succedendo* también se utiliza en contextos donde el heredero no desea asumir deudas o responsabilidades vinculadas a la empresa familiar. Por ejemplo, un hijo que no desea continuar con la explotación agraria puede renunciar a la herencia a favor del hermano que la mantendrá, recibiendo a cambio una compensación. En Italia, a pesar de la prohibición general de pactos sucesorios, la figura de la *rinuncia all'eredità* (renuncia a la herencia) está prevista en el C. Civ. It. y puede pactarse anticipadamente mediante donaciones o acuerdos de separación de bienes, aunque no se configura como un pacto sucesorio estricto.⁴

10. Pactos de disposición futura de la herencia. Se trata de acuerdos que regulan la distribución de bienes de un tercero cuya sucesión no se ha abierto. A diferencia de los pactos de heredamiento, en los que el otorgante dispone de su propia herencia, estos pactos afectan a patrimonios ajenos y suelen involucrar a varios sujetos que acuerdan cómo se dividirán los bienes. Esta categoría engloba acuerdos de partición anticipada, pactos de empresa y contratos familiares que establecen reglas de sucesión entre socios. En Francia, la reforma de 2006 introdujo pactos de distribución de la herencia futura que permiten a los herederos y al testador acordar la partición y adjudicación de bienes con la aprobación de todos los legitimarios. El pacto se somete a estrictos requisitos de forma y debe respetar la legítima; además, se limita a acuerdos sobre la masa hereditaria de los progenitores. En Alemania, los pactos familiares permiten a los socios de empresas familiares establecer reglas sucesorias para las participaciones societarias y evitar la entrada de extraños tras el fallecimiento de un socio. A estas categorías se añaden modalidades especiales como los pactos unilaterales (celebrados entre causante y heredero), pactos bilaterales (celebrados entre dos causantes que se designan mutuamente como herederos, típicos de los testamentos mancomunados germanos) y pactos multilaterales (acuerdos familiares que implican a varios causantes y herederos). La clasificación responde también a la finalidad, ya sea preservar la empresa, asegurar el cuidado de los padres, proteger a menores, liquidar legítimas, etc. En suma, la tipología de pactos sucesorios muestra una plasticidad propia de la naturaleza contractual de esta figura y su capacidad para adaptarse a las necesidades de las familias contemporáneas.⁵

2. Naturaleza jurídica: contrato y disposición *mortis causa*

11. La naturaleza jurídica de los pactos sucesorios sigue siendo objeto de debate, ya que según la entendamos, tendrá una lógica temporal distinta a la hora de validar y computar los bienes y los designios. Históricamente se los ha considerado como una institución mixta, es decir, un contrato bilateral o plurilateral que, sin embargo, produce efectos *mortis causa*. Frente a la unidad conceptual del testamento —disposición unilateral, revocable y sometida a formalidades específicas—, el pacto sucesorio se caracteriza enormemente por su irrevocabilidad (salvo causas tasadas) dado su marcado origen contractual y la existencia de prestaciones recíprocas.⁶

En los sistemas que admiten esta figura, los pactos suelen gozar de fuerza de ley entre las partes y se equiparan en sus efectos a la voluntad testamentaria. En el Derecho romano clásico, la conclusión de pactos sucesorios estuvo asociada a la libertad de testar y a la voluntad del disponente. Con el paso de los siglos, los ordenamientos de raíz romanista evolucionaron hacia la introducción de legítimas y reservas hereditarias, limitando la libertad dispositiva del causante y restringiendo la admisibilidad de pactos. En

⁴ E. DEL PRATO, "Patti successori", *Le successioni*, Dottrina Casi Sistemi, Bologna, Zanichelli, 2012, pp. 231 y ss. *Passim*, en P. A. Romero Candau, "Pactos sobre la herencia de un tercero", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, n.º 38, 1999, pp. 181-203. *Vid.* J. M. JUÁREZ GONZÁLEZ y M. PAZ JUÁREZ OLMOS, *Gps sucesiones*, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 178 y ss. *Vid. esp.* C. ROGEL VIDE, *Renuncia y repudiación de la herencia en el código civil*, Madrid, Reus, 2011, p. 35.

⁵ P. A. PEREIRA NOVAIS, "Os pactos sucessórios: a importância das doações por morte, o alargamento da autonomia privada e a autodeterminação sucessória por contrato", Universidade do Minho, 2021, pp. 26-27. *Vid. esp.* Cerdá Gimeno y Puig Ferriol, *Pactos sucesorios: (del porqué de su prohibición y su aplicación en la práctica)*, pp. 21; 53.

⁶ En realidad, el propio Derecho de Familia está plagado de acuerdos de naturaleza híbrida y plural. Mismamente el matrimonio no deja de ser un fórmula condicionada, un contrato matrimonial, que liga por convenio lo que debiera regir por consanguinidad *per natura*.

la actualidad, la tensión entre autonomía de la voluntad y protección de los herederos forzosos sigue siendo uno de los ejes centrales del debate ya que los pactos sucesorios amplían la autonomía contractual del causante, pero pueden ser utilizados para eludir la legítima, lo cual viene obligando a los legisladores a buscar un equilibrio. La razón de ser de los pactos sucesorios radica en la planificación sucesoria integral.⁷

12. A diferencia del testamento, que se puede revocar unilateralmente, el pacto ofrece seguridad a las partes al fijar de manera estable la distribución futura del patrimonio, permitiendo organizar la transmisión generacional, proteger la unidad empresarial, compensar a determinados herederos en vida o renunciar anticipadamente a derechos hereditarios. A mi juicio, estos acuerdos resultan útiles para la continuidad de empresas familiares, la reducción de litigios *post mortem* y la adaptación a familias re-compuestas. El principio de irrevocabilidad y el carácter vinculante reducen la incertidumbre y facilitan acuerdos familiares complejos —o debieran hacerlo—. ⁸

3. Historia y evolución normativa

13. Podemos entender mejor la figura si vemos su evolución histórica. La cual está ligada al propio concepto de propiedad, civilización y orden ciudadano. De esta forma, el estudio histórico revela que los pactos sucesorios eran admitidos en el Derecho germánico medieval, donde se comprendía la herencia como un patrimonio familiar indivisible. Con la romanización de Europa, los ordenamientos latinos introdujeron la legítima, limitando la libertad de disponer. Durante siglos, Francia e Italia prohibieron los pactos de sucesión por considerarlos contrarios a la libertad del testador y a la protección de la legítima. Alemania, no obstante, mantuvo la figura en su Derecho civil (pactos de herederos y renunciaciones a la legítima), y los derechos forales españoles conservan modalidades tradicionales (como los mencionados pactos de apartación, o definición balear).⁹

14. Pero todo esto parte de momentos anteriores en el desarrollo humano. En el Derecho romano, el *pactum successorium* permitía concertar un contrato de herencia con efectos *post mortem*. Sin embargo, con el surgimiento del *testamentum* como forma solemne y revocable de disposición, los pactos comenzaron a considerarse contrarios a la libertad de testar. Durante el Bajo Imperio, se reforzó la idea de que el testamento debía ser expresión unilateral de la última voluntad y que los acuerdos contractuales sobre la herencia eran inválidos. Esta concepción influyó en las recopilaciones de Justiniano y pasó al Derecho Canónico, que consideró ilícitos los pactos sucesorios por atentar contra la moral cristiana y la autonomía del testador.¹⁰

15. Como avancé, durante la Edad Media, en las regiones germánicas y en los reinos hispánicos se mantuvo la práctica de pactar la sucesión dentro de la familia. El Derecho germánico reconocía la transmisión colectiva del patrimonio (*Gesamthand*) y admitía acuerdos para designar un heredero único de la casa o de la empresa. En los fueros españoles, los *hijuela navarra* y los pactos de apartación gallegos tenían raigambre consuetudinaria y eran tolerados a pesar de las prohibiciones canónicas. En cambio, la tradición romanista que inspiró el Derecho francés e italiano proscribió formalmente los pactos sucesorios. De hecho, el Código Napoleón de 1804 prohibió los pactos sobre herencias futuras

⁷ R. Gibert y Sánchez de la Vega, “Vismara, G.: “storia dei patti successori” (book review)”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 57, 1987, pp. 15-17. Vid. Y. N. HARARI, *Sapiens: de animales a dioses*, Madrid, Debate, 2015, pp. 148-152. Vid. M. L. MARÍN PADILLA, *Historia de la sucesión contractual*, Zaragoza, Marcial Pons, 1992, p. 11. Vid. J. C. LEÓN ASQUI y C. G. CISNEROS SALCEDO, *Historia del derecho*; Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2018, pp. 75; 136. Vid. esp. E. VOLTE-
RRA y D. PIATELLI, *Diritto romano e diritti orientali*, Napoli, Jovene, 1999, p. 22. Vid. esp. C.C. LAMBER-KARLOVSKY y R. WRIGHT, “Asia”, en *Historia de la Humanidad*, París, Ediciones UNESCO, 2004, p. 247; también citado en M. L. MARÍN PADILLA, *Historia de la sucesión contractual*, pp. 14-17.

⁸ Vid. esp. M. L. MARÍN PADILLA, *Historia de la sucesión contractual*, p. 20.

⁹ C. ROGEL VIDE, *Renuncia y repudiación de la herencia en el código civil*, p. 35. Vid. esp. S. SEEGER, “Qualifikation der Erbverzichtsverträge in der EuErbVO”, p. 94. *Passim*, en A. M. URRUTIA BADIOLA, “Pactos sucesorios al alza”.

¹⁰ Vid. esp. E. VOLTE-
RRA y D. PIATELLI, *Diritto romano e diritti orientali*, p. 158.

y reforzó la institución de la legítima como reserva indisponible e Italia codificó en 1942 la prohibición en el art. 458 de su Código Civil.¹¹

16. Posteriormente, en el siglo XIX, la codificación impulsada por el espíritu ilustrado destacó la autonomía de la voluntad, pero mantuvo la prohibición de pactos sucesorios en muchos países latino-románicos para evitar presiones familiares. La industrialización y la consolidación de empresas familiares en Alemania propiciaron que el BGB de 1896 recogiera la figura del *Erbvertrag*, articulándose sobre una combinación de testamento conjunto y contrato que confiere mayor seguridad lo que puede entenderse como la asunción de la naturaleza mixta de este tipo de negocios jurídicos o la fragmentación europea del concepto, al integrar en un concepto testamentario un acuerdo (aunque también puede entenderse así las capitulaciones matrimoniales que permiten reparto sucesorio futuro en el Derecho Común español —cada ordenamiento ha ido complicando el puzle con el paso de los siglos—). El *Common Law* británico, por su parte, se mantuvo fiel a la libertad testamentaria y no desarrolló una figura análoga; los acuerdos sucesorios eran canalizados a través de *trusts* y testamentos mutuos y las reformas del siglo XX fueron dispares. En España, el Código Civil de 1889 proscribió los pactos, pero la legislación foral los mantuvo. La Constitución de 1978 permitió la conservación y actualización de los derechos forales, lo que ha propiciado reformas puntuales en Galicia (Ley de Derecho Civil de Galicia de 1995), Aragón (Código de Derecho Foral Aragonés de 1999), Cataluña (Código Civil catalán de 2010), Baleares (Compilación de Derecho Civil de 2021) y País Vasco (Ley 5/2015), todas reconociendo pactos sucesorios. Francia se mantuvo firme en su prohibición hasta 2006, cuando introdujo la renuncia anticipada y el pacto de distribución para adaptarse a las realidades sociales. Italia, influida por la jurisprudencia constitucional y por la presión de las asociaciones empresariales, promulgó en 2006 la *legge sul patto di famiglia*. Alemania ha seguido perfeccionando su regulación, introduciendo en 1998 la posibilidad de elegir la ley aplicable en los pactos y adaptando el BGB a la jurisprudencia europea.¹²

17. En el presente siglo, la libre circulación de personas ha intensificado la necesidad de instrumentos de planificación sucesoria transfronteriza. La UE respondió con el Reglamento 650/2012 y con iniciativas sobre la digitalización de registros. Los cambios demográficos —familias reconstituidas, longevidad, movilidad internacional— y la creciente complejidad de los patrimonios (empresas globales, bienes digitales) exigen herramientas flexibles. Los pactos sucesorios resurgen como instrumentos idóneos para conjugar autonomía y seguridad, y la tendencia a su flexibilización continuará, aunque en tensionada convivencia con la legítima. En suma, la naturaleza jurídica de los pactos sucesorios, contractualmente estricta y situada en una zona de confluencia entre el Derecho de obligaciones y el Derecho de sucesiones, la diversidad de definiciones y enfoques nacionales, que se analizarán en mayor detalle en la sección comparativa, y la necesidad de un marco armonizado que garantice la certeza jurídica en contextos transfronterizos han dado lugar a la respuesta europea que cumple este año una década en vigor, no ajena a disfuncionalidades en la práctica.

4. El Reglamento (UE) 650/2012 como punto de partida

a) Objetivos y ámbito de aplicación

18. Sin lugar a dudas, el Reglamento (UE) 650/2012 constituye la piedra angular de la armonización europea en materia de sucesiones. Su principal objetivo es establecer normas uniformes de com-

¹¹ S. NAVAS I NAVARRO, “El pacto sucesorio de atribución particular en el Código Civil de Catalunya”, *InDret: Revista para el análisis del derecho*, n.º 2, 2009, pp. 5-8. Vid. T. ESTÉVEZ ABELEIRA, “Capítulo V. Los pactos sucesorios en Galicia”, en *Tratado del derecho de sucesiones vigente en España y Andorra*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, p. 1263.

¹² P. HARTMANN, *Das Recht der vertraglichen Erbfolgeregelung in der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005, pp. 203-223. Vid. *passim*. W. PINTENS y S. SEYNS, “Comparative Law - Germany”, en *Imperative Inheritance Law in a late-modern society: five perspectives*, European Family Law series 26, Antwerp, Intersentia, 2009, p. 174 y siguientes.

petencia judicial y determinación de la ley aplicable, así como facilitar el reconocimiento y la ejecución de resoluciones y actos públicos en materia sucesoria. El Reglamento se aplica a todas las sucesiones transfronterizas de personas fallecidas a partir del 17 de agosto de 2015, con excepción de ciertos Estados que optaron por no participar (Reino Unido, Irlanda y Dinamarca). En materia de pactos sucesorios, el RES busca garantizar que un acuerdo válidamente celebrado en un Estado miembro sea reconocido en otros, evitando así la fragmentación normativa y la inseguridad jurídica, pero como veremos, esto no siempre es que sucede.

b) Concepto y régimen general de los pactos sucesorios en el Reglamento

19. El artículo 3.1.b) RES define el pacto sucesorio inspirado en la doctrina comparada y pretende abarcar tanto los pactos de suceder como los pactos de renuncia y de distribución futura. Pero en lo que respecta a los casos conflictivos o las disfuncionalidades, debemos saltar al art. 25 RES, que establece que el pacto sucesorio se rige por la ley que sería aplicable a la sucesión si el causante muriera en la fecha del pacto. Esta regla se complementa con la posibilidad de elegir la ley de la nacionalidad del disponente, prevista en el art. 22 RES, siempre que esa ley pudiera ser seleccionada como ley aplicable a la sucesión –es en estos supuestos, donde suelen limitarse los casos problemáticos, pues habiendo elección de ley, no ha lugar, en principio, a la interpretación–. El Reglamento introduce una regla de conflicto de leyes específica que pretende evitar que un pacto sucesorio válidamente otorgado según la ley de un Estado miembro sea ineficaz en otro Estado. Asimismo, el Considerando 49 reconoce que la admisibilidad y efectos de los pactos sucesorios varían entre Estados y subraya la necesidad de asegurar el respeto a los derechos adquiridos. La combinación de estas disposiciones ofrece cierta seguridad jurídica, permitiendo, por ejemplo, que un pacto celebrado conforme a la ley alemana sea reconocido si el causante fallece residiendo en Italia.¹³

c) Problemas interpretativos y lagunas detectadas

20. A pesar de sus virtudes, el RES presenta lagunas e inconsistencias en la regulación de los pactos sucesorios. La principal crítica deriva de la coexistencia de normas de Derecho internacional privado con legislaciones materiales diferentes. La eficacia plena de un pacto depende no solo de la ley designada por el Reglamento, sino también de su compatibilidad con los principios de orden público de los Estados receptores. El RES permite oponerse a la aplicación de un pacto sucesorio si resulta manifiestamente contrario al orden público del Estado que conoce del asunto. Esta cláusula, necesaria como salvaguarda, crea incertidumbre ya que ¿podría un tribunal francés considerar contrario a su orden público un pacto alemán que prive completamente de la legítima a los descendientes? La respuesta depende de la interpretación que cada ordenamiento haga del orden público y de la proporción de legítima protegida (conforme al RES, no podría el pacto afectar a estas legítimas, si fuera el derecho francés el aplicable conforme a la residencia habitual).

21. Otra cuestión irresuelta es la calificación de ciertas figuras que en algunos países son pactos y en otros testamentos conjuntos o recíprocos (lo hemos visto en el caso de Alemania y España). El RES distingue entre pactos (art. 25) y testamentos conjuntos (art. 24), y señala que la admisibilidad y los efectos se determinan por la ley aplicable a la sucesión. Esto obliga a los operadores a identificar correctamente la naturaleza jurídica del acto. La doctrina observa, p.ej., que en sistemas que carecen de tipificación expresa se pueden confundir voluntades conjuntas con verdaderos pactos, generando problemas de forma y de validez. Además, la exclusión del Reino Unido del Reglamento plantea situaciones

¹³ V. MAGARIÑOS BLANCO, “Reflexión sobre la evolución legislativa y los diversos sistemas sucesorios”, en *Libertad para ordenar la sucesión: Libertad de testar*, Madrid, Dykinson, 2022, pp. 116, 184, 222. *Passim*, en S. JOFFROY, “La planification successorale en droit européen comparé: à propos de la transmission de l’entreprise familiale”, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2020, pp. 96-105.

complejas pues no son pocos los ciudadanos británicos residentes en países que permiten pactos que pueden valerse de la normativa local para ordenar su sucesión, pero la ejecución de dichos pactos en territorio británico no está garantizada. La universalidad del Reglamento implica que, incluso si un pacto se regula conforme a la ley de un Estado no participante, será reconocido en los Estados miembros que han aceptado el Reglamento. No obstante, la falta de reciprocidad completa limita la efectividad y puede producir resultados paradójicos.¹⁴

22. Finalmente, existen lagunas propias del cambio de criterio (que pasó del Derecho Internacional Privado y la nacionalidad a la residencia habitual) en relación con la revocación y modificación de los pactos, la inscripción en registros de últimas voluntades (la vaga o nula interconexión de las administraciones en este sentido) y la coordinación con otros instrumentos europeos como el Certificado Sucesorio Europeo (CSE) o las propias normativas relativas al reconocimiento de sentencias civiles y matrimoniales.¹⁵

23. La digitalización y la interconexión de registros son proyectos en desarrollo que podrían mejorar la eficacia del RES desde luego, pero piense el lector que esta regulación se comenzó a idear al finalizar la primera década del nuevo milenio, ni las arquitecturas asociadas a Internet, ni la potencia de procesamiento estaba desarrollada; ni siquiera había nacido el masivo dominio de la criptografía en cadenas de bloques, que también solventaría muchas duplicidades. Tanto la seguridad como el planteamiento adolecían de precariedad, que hoy puede ser revisada y mejorada.

5. Estudio comparado crítico. Principales tradiciones jurídicas europeas frente a los pactos sucesorios

A) Alemania

a) Antecedentes y evolución

24. En el Derecho alemán, los pactos sucesorios (*Erbvertrag*) tienen una admisión amplia y constituyen una herramienta central en la planificación patrimonial. El Código Civil alemán (BGB) regula detalladamente esta figura. Históricamente, los pactos permitieron consolidar la empresa familiar y garantizar la sucesión unitaria, y han cohabitado con una legítima reducida —el *Pflichtteil*— que concede a los herederos forzosos una cuota mínima a modo de crédito contra la herencia —algo que podría asimilarse a la expectativa que debe respetarse en Reino Unido, pese a existir libertad—.¹⁶

25. Los pactos de renuncia a la legítima son habituales, y por medio de estos un heredero puede renunciar a su *Pflichtteil* a cambio de una compensación, permitiendo al causante disponer libremente del resto de su patrimonio. La jurisprudencia alemana exige que la renuncia sea voluntaria y que exista una compensación justa, lo cual refleja un equilibrio entre autonomía y protección.¹⁷

¹⁴ G. H. GALICIA AIZPURUA, “El Reglamento Europeo de sucesiones y el carácter plurilegislativo del Ordenamiento Civil Español”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, 3, 2015, pp. 541-542. *Vid. esp.* A. Font i Segura, “La ley aplicable a los pactos sucesorios”, *InDret: Revista para el análisis del derecho*, 2, 2009, pp. 8-12. *Passim*, en I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, “La ley aplicable a las sucesiones mortis causa en el reglamento (ue) 650/2012”, *InDret: Revista para el análisis del derecho*, Dret de la Persona i Família, 2, 2013, pp. 34 y ss. *Vid. esp.* I. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, “La autonomía privada y la organización patrimonial de los matrimonios transfronterizos / private autonomy and the organization of property in cross-border marriages”, *Revista de Derecho Civil*, 4, 2023, p. 293.

¹⁵ I. A. CALVO VIDAL, *El certificado sucesorio europeo: perspectiva notarial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 215 y ss.

¹⁶ Y. E. ALARCÓN PALACIO, “El Reglamento (UE) 650 de 2012 de sucesiones internacionales y el paradigma forum/ius. una mirada a su proceso de creación y a su desarrollo jurisprudencial”, *Anuario colombiano de derecho internacional*, 15, 2022, pp. 153-160. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.10326><https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.10326>

¹⁷ J. KLEINSCHMIDT, “Optionales Erbrecht: Das Europäische Nachlasszeugnis Als Herausforderung an Das Kollisionsrecht”, *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law* 77, 4, 2013, p. 746. <https://www.jstor.org/stable/24540678>.

b) Configuración actual

26. El BGB establece que un pacto sucesorio puede designar herederos, legatarios o cláusulas de administración. Estos pactos requieren forma notarial (para otorgar un pacto sucesorio se requiere capacidad testamentaria y contractual, es decir, mayoría de edad y capacidad de obrar) y son esencialmente irrevocables, salvo acuerdo de las partes. La combinación de pactos y testamentos permite una planificación flexible; así, es posible otorgar un testamento conjunto (*Gemeinschaftliches Testament*) o un pacto sucesorio (*Erbvertrag*) según se busque mayor o menor irrevocabilidad. La autonomía contractual es la regla, aunque se reconocen límites por orden público (por ejemplo, no puede privarse al cónyuge viudo de derechos básicos). La regulación alemana del pacto sucesorio se apoya en un entramado normativo detallado y en una sólida tradición jurisprudencial. El *Erbvertrag* está regulado en los §§ 1941, 2274 y ss. del BGB. El pacto, que se formaliza ante notario, con presencia de todas las partes, y produce efectos obligatorios admite, además, pactos combinados con testamentos conjuntos, de forma que los cónyuges pueden establecer disposiciones contractuales y otras unilaterales en un mismo instrumento.¹⁸

27. Un aspecto peculiar del Derecho alemán es la distinción entre *Erbverzicht* (renuncia a la herencia) y *Pflichtteilsverzicht* (renuncia al derecho de crédito por legítima). Un heredero puede renunciar a su derecho como heredero a cambio de una compensación, liberando al causante de la obligación de dejarle bienes. La renuncia al *Pflichtteil*, por su parte, es una transacción mediante la cual el legitimario renuncia a reclamar su cuota mínima. Estas renunciaciones se pactan frecuentemente en empresas familiares para garantizar la sucesión en línea directa y evitar litigios.¹⁹

28. La jurisprudencia alemana ha afrontado numerosos casos de pactos sucesorios. En la sentencia del Tribunal Federal de Justicia (*Bundesgerichtshof*, BGH) de 3 de diciembre de 1980, se afirmó que el heredero instituido mediante pacto sucesorio tiene derecho a demandar la transmisión de la herencia, aunque el testador otorgue posteriormente un testamento contrario. En otro fallo de 2005, el BGH declaró que el pacto sucesorio puede contener pactos condicionales y cláusulas de rescisión, siempre que sean claras y que las condiciones no vulneren la dignidad del heredero. Las sentencias más recientes, influenciadas por el RES, han subrayado la necesidad de informar a las partes sobre la ley aplicable y de prever el efecto transfronterizo de los pactos –cuestión a la que dirijo gran parte de las conclusiones de mi investigación–.²⁰

29. La doctrina alemana discute sobre la flexibilidad del *Erbvertrag*. Algunos autores defienden su irrevocabilidad estricta, argumentando que confiere seguridad jurídica; otros abogan por permitir la revocación de mutuo acuerdo o en casos de cambio sustancial de circunstancias (como con el nacimiento de un hijo); personalmente mantengo en mente la confrontación entre si los cambios de residencia habitual que hagan ineficaz, que no inválido, un pacto, han de considerarse “cambio sustancial”. Esta discusión es relevante en contextos de movilidad: un pacto irrevocable puede ser excesivamente rígido si las partes se trasladan a un país con normas diferentes.

¹⁸ En el art. 1941 BGB el *Erbvertrag* se limita a un contrato mediante el cual el causante dispone positivamente de su herencia, mientras que el RES amplía la noción: todo acuerdo en el que intervenga el futuro causante y que confiera, modifique o suprima derechos sucesorios entra en la categoría del artículo 3.1 b, de modo que también los pactos de renuncia hereditaria (*Erb-/Pflichtteilsverzicht*) y las donaciones *mortis causa* vinculantes se tratan como *Erbverträge*; esa extensión confirma que los pactos sucesorios negativos —renuncia a la legítima, pactos de no suceder, donaciones con reserva de usufructo— quedan sometidos al mismo régimen de ley aplicable del artículo 25 y a la regla de forma favorable del art. 27, todos comparten estatuto material, formal y efectos de circulación. *Vid. esp.* A. DUTTA *et al.*, “Artikel 3: Begriffsbestimmungen”, en *Internationales Erbrecht: EuErbVO, erbrechtliche Staatsverträge, EGBGB, IntErbRVG, IntErbStR, IntSchenkungsR*, Beck’sche Kurz-Kommentare, München, C.H. Beck, 2016, pp. 97-100).

¹⁹ I. ANDRES, *Der Erbrechtsentwurf von Friedrich Mommsen: Ein Beitrag zur Entstehung des BGB*, Berlín, Duncker & Humblot, 1996, pp. 232-243.

²⁰ Passim, en C. H. HORN, “Besonderheiten bei der Auslegung von Erbverträgen und Ehegatten”, en *Testamentsauslegung - Strategien bei unklaren letztwilligen Verfügungen*, Berlín, Beck, 2012, pp. 221 y ss. *Vid. esp.* M. PLANAS BALLVÉ, “Los pactos sucesorios en el derecho civil catalán”, *Diario La Ley*, n.º 10521, 2024, p. 20. *Vid.* A. PLATERO ALCÓN, “Las injustas diferencias existentes en la libertad de testar dentro del territorio español”, *Vniversitas*, 135, 2017, pp. 290-291. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj135.idel>.

30. Otra cuestión debatida es la interacción entre el pacto sucesorio y el régimen matrimonial: ¿puede el cónyuge renunciar a la legítima antes del matrimonio? ¿Debe el pacto sucesorio contemplar los efectos de la separación de bienes? El BGB combina disposiciones de sucesiones y de familia, pero su interpretación no siempre es uniforme. La práctica notarial alemana destaca por su profesionalidad y por el asesoramiento exhaustivo. Si bien los notarios tienen obligación de advertir a las partes sobre la irrevocabilidad del pacto y de verificar que la renuncia a la legítima sea adecuada, esto no debe ser algo imperativo pues se suceden casos que lo evidencian. Sí, la inscripción en registros notariales y en el registro de herencias garantiza la publicidad y permite a terceros conocer la existencia del pacto, pero para sucesiones transfronterizas, se recomienda incluir cláusulas de elección de ley y advertir sobre el posible rechazo de la renuncia en países latinos. Estas prácticas, junto con la claridad normativa, explican por qué el pacto sucesorio alemán se considera un modelo en Europa, aunque quede incompleto o desatendido por el resto de estados.

c) Tensiones transfronterizas

31. En contextos transfronterizos, un pacto sucesorio alemán puede entrar en conflicto con ordenamientos que no lo admiten. El RES mitiga este riesgo al reconocer la validez de pactos celebrados según la ley alemana. No obstante, la plena eficacia depende de que los tribunales extranjeros no invoquen su orden público para rechazar la aplicación del pacto. La práctica demuestra que, hasta ahora, los tribunales europeos han mostrado respeto por los pactos alemanes, aunque subsisten dudas sobre la admisión de renunciaciones totales a la legítima en países de tradición romana.

B) España

a) Derecho común y derechos forales

32. El régimen español se caracteriza por una gran diversidad interna. El Derecho civil común español (Código Civil) prohíbe los pactos sucesorios, salvo disposiciones muy limitadas en el ámbito de las donaciones *mortis causa*. Sin embargo, las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio (Galicia, País Vasco, Navarra, Cataluña, Baleares y Aragón) conservan modalidades de pactos sucesorios tradicionales.

En Galicia la Ley de Derecho Civil de Galicia (LDCG) regula el pacto de mejora (arts. 209-213 LDCG), mediante el cual el ascendiente puede mejorar a un descendiente en su legítima, atribuyéndole bienes concretos. El pacto de apartación (arts. 214-218 LDCG) permite al heredero forzoso recibir bienes en vida y apartarse de la sucesión futura. Este pacto requiere escritura pública, aceptación del apartante y del apartado, y la compensación debe ser equitativa. El apartado queda excluido de la legítima y de la sucesión intestada, aunque sus descendientes conservan el derecho a heredar si el apartante no designa otros herederos. La práctica gallega utiliza estos pactos para asegurar la continuidad de explotaciones agrarias y evitar la división de fincas condicionando o incluso extinguiendo su legítima.²¹

En el País Vasco la Ley 5/2015 del Derecho Civil Vasco admite la figura del pacto sucesorio de institución familiar, similar al heredamiento catalán, y el pacto de apartamiento, equivalente al gallego. Además, se regula el pacto de reforma o de modificación de pactos anteriores. La peculiaridad vasca es la existencia de la legítima colectiva, de un tercio, que puede satisfacerse mediante pactos. La renuncia a la legítima es válida si se compensa al renunciante, y la figura del apartamiento parcial permite al heredero renunciar a parte de sus derechos, conservando una cuota mínima.

²¹ J. D. MONFORTE, “Pactos sucesorios. revocabilidad y excepciones”, en *Legal Today: Por y para profesionales del Derecho*, <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-civil/civil/pactos-sucesorios-revocabilidad-y-excepciones-2019-06-27/>, 2019. *Vid. esp.* X. M. REQUEIXO SOUTO, “Pactos de atribución particular post mortem: ámbito del artículo 1271, ap. 2ª, del código civil”, *Anuario de Derecho Civil* 65, 4, 2012, pp. 1759 y ss.

En Aragón el Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA) recoge el pacto sucesorio de hermandad y la institución familiar, a través de los cuales los cónyuges o ascendientes designan un heredero en línea directa o colateral. El heredero instituido debe cumplir con la obligación de cuidar a los instituyentes y de pagar las legítimas.

En Navarra la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra contempla la hijuela o pacto sucesorio navarro, que permite repartir en vida parte o toda la herencia entre los descendientes. La hijuela se asemeja a una partición anticipada y requiere el consentimiento de todos los implicados.²²

En Cataluña el Código Civil catalán regula el heredamiento cumulativo y el heredamiento simple. El heredamiento cumulativo es un pacto sucesorio por el cual el causante adjudica en vida bienes presentes y futuros a favor del heredero, quien puede tomar posesión tras el fallecimiento. El heredamiento simple se limita a nombrar heredero con efectos *post mortem*. Cataluña admite la renuncia anticipada a la legítima en el pacto de renuncia, que debe compensar al legitimario. El heredamiento cumulativo es una herramienta habitual en sucesiones empresariales y en la planificación de patrimonios familiares complejos.²³

En Baleares la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares regula, además del pacto de definición, otros pactos como el finiquito, que puede ser limitado o ilimitado, general o especial. El finiquito ilimitado supone la renuncia total a la legítima, mientras que el limitado se refiere a parte de los bienes. La modalidad general renuncia a la legítima con independencia del patrimonio futuro; la especial tiene en cuenta los bienes existentes en el momento del pacto. La ley 8/2022, que derogó y actualizó la Compilación, introdujo además el concepto de sucesión paccionada, que permite ordenar la sucesión contractual de manera más flexible.

33. Todas estas figuras comparten la idea de trasladar en vida bienes al heredero y permitir acuerdos familiares que eviten litigios tras el fallecimiento. La coexistencia de un Derecho común prohibitivo y derechos forales permisivos crea, como puede imaginarse el lector, sendas tensiones. La movilidad interregional puede generar dudas sobre la ley aplicable a un pacto; a modo ejemplificativo preguntémonos, ¿se aplica el Derecho de la residencia habitual, el Derecho personal del causante o el Derecho del lugar de la situación de los bienes? El RES facilita la respuesta en contextos transfronterizos, pero a nivel interno español no existe una solución unificada. La jurisprudencia reciente, como la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 2021, ha permitido a ciudadanos extranjeros residentes otorgar pactos sucesorios conforme al Derecho foral, lo que evidencia la apertura del sistema, sin embargo, queda todo en el tribunal, siendo capaz la regulación de posibilitar una mejor solución por sí misma.²⁴

b) Legislación reciente y debates doctrinales

34. En los últimos años se ha debatido la necesidad de reformar la legítima en el Código Civil y flexibilizar la prohibición de pactos sucesorios; de hecho, actualmente se está trabajando en versiones finales para ser presentadas como reforma legislativa (el cambio en la sociedad a través de la globalización y la velocidad en el acceso a la información y a la documentación ha terminado erosionando instituciones tan estables como la propia legítima española). Algunos autores sostienen que la evolución social y la realidad económica exigen instrumentos de planificación más flexibles, y que la legítima estricta dificulta la continuidad de empresas familiares y la satisfacción de acuerdos familiares equitativos. Otros defienden la función social de la legítima como mecanismo de solidaridad familiar y de protección

²² J. NANCARLES VALLE, “Disposiciones fiduciarias en el derecho sucesorio de Navarra”, en *Tratado de derecho de sucesiones: código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*, Madrid, Thomson Reuters, 2011, p. 1913.

²³ L. MOLINA VERA, “Los pactos sucesorios de institución de heredero en el derecho civil de Cataluña”, Universitat de Girona, 2016, pp. 38-42.

²⁴ A. RODRÍGUEZ BENOT, “Una lectura europea de la aplicación del artículo 50 de la Compilación Balear a los extranjeros: a propósito del caso Crul y su deriva judicial (Sentencia de la AP de Palma de Mallorca, Sección Tercera, de 30 de diciembre de 2020)”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, Crónicas, 41, 2021, pp. 20-25.

de herederos vulnerables, alertando sobre el riesgo de mercantilizar la herencia. Mi postura reside más en cómo se coordinan los diferentes sistemas que en los sistemas propiamente; y no trato de realizar una crítica constante a lo que diferentes autores han aportado durante décadas al respecto, simplemente decidido orientar el foco a potenciar recursos hoy disponibles y desarrollados que facilitarían el trasvase de derechos en el territorio europeo, cuando no también fuera de él o en la interregionalidad que caracteriza a España. Pero a ello dedicaré los apartados finales de esta investigación.²⁵

35. La discusión se ha intensificado tras la aprobación del RES. La posibilidad de elegir la ley de la nacionalidad del disponente (el criterio anterior, nada revolucionario) ha llevado a muchos a plantear reformas para evitar la fuga de causantes hacia legislaciones más flexibles. Existen propuestas de permitir, al menos, la renuncia contractual a la legítima en el Derecho común, siguiendo el modelo alemán o el francés, y de admitir pactos para empresas familiares (influencia italiana). La transición hacia un modelo nacional más uniforme se enfrenta, sin embargo, a resistencias políticas y culturales y desde mi perspectiva, a un inerte interés en rotar constantemente por normativas más o menos permisivas, cuando lo verdaderamente esencial es que las diferentes limitaciones que imponen los estados sobre la libertad de testar puedan engranarse siendo útiles y no obstáculos en una sociedad que huye del empadronamiento clásico. El modelo real sigue constituyéndose en la familia, pero esta adopta formas inverosímiles para el Código Civil de 1889; su núcleo no atiende a lugares, permanencia ni estados, quedando la voluntad como único eje verdadero sobre el que dirigir el derecho sucesorio.²⁶

c) Retos prácticos y aplicación del RES en España

36. Los pactos sucesorios forales plantean desafíos prácticos cuando se combinan con el Derecho civil común y con el RES. El Notariado español ha emitido circulares para armonizar los criterios exigiendo comprobar la vecindad civil del otorgante, informar sobre las implicaciones fiscales (pues la fiscalidad varía por Comunidad Autónoma), inscribir el pacto en el Registro de Últimas Voluntades y, si es posible, incluir una cláusula de elección de ley a favor de la ley foral.

37. No obstante, con la entrada en vigor del RES, muchas familias extranjeras residentes en España han mostrado interés en utilizar pactos sucesorios. El caso de la ciudadana francesa residente en Baleares, resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Baleares en 2021, fue pionero, admitiéndose que una no española se sometiera al Derecho balear para otorgar un pacto de definición. Esta sentencia ha sido citada por notarios para justificar la admisión de extranjeros en pactos forales, siempre que tengan residencia habitual y vínculos estrechos con la Comunidad Autónoma y también ha suscitado debate sobre la conveniencia de reformar el Código Civil para permitir pactos en todo el territorio nacional.

38. Otra cuestión práctica es la coordinación con la legítima forzosa del Derecho común. Si un causante con vecindad civil común otorga un pacto sucesorio en Galicia o Baleares, los herederos podrían impugnarlo alegando que la renuncia vulnera la legítima del Código Civil. El RES no resuelve este conflicto interno, lo que ha llevado a la doctrina a proponer una reforma que extienda la posibilidad de renunciar a la legítima mediante pacto en todo el territorio o que clarifique la prevalencia de la ley foral cuando se ejerce la vecindad civil especial.

²⁵ E. PATAUT, *L'exception d'ordre public et la proposition de règlement relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen (COM(2009)154)*, Département thématique: Droits des citoyens et affaires constitutionnelles, Parlement européen, 2010, p. 15.

²⁶ E. CASTELLANOS RUIZ, "CHOICE OF LAW", en *The EU Succession Regulation: A Commentary*, ed. A.-L. CALVO CARAVACA, A. DAVI, y H. P. MANSEL, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 332. <https://doi.org/10.1017/CBO9781316422311.024>.

C) Italia

a) Prohibición general y excepciones recientes

39. La Constitución italiana consagra la protección de la familia y la igualdad de los herederos, y el Cod. Civ. It. (art. 458) prohíbe de manera general los pactos sucesorios. Tradicionalmente, la jurisprudencia ha interpretado esta prohibición de manera estricta, invalidando cualquier acuerdo que intente disponer de la sucesión de un tercero. Sin embargo, la reforma de 2006 introdujo una excepción importante: el *patto di famiglia*, (arts. 768-bis a 768-octies del C. civ. It.) que permite a un empresario transferir la empresa o participaciones societarias a uno o varios descendientes a cambio de una compensación para los demás legitimarios. Esta figura busca facilitar la continuidad de empresas familiares evitando la fragmentación del patrimonio. Para que sea válido, es necesario el consentimiento de todos los legitimarios (cónyuge, descendientes) y la compensación adecuada a quienes no participen en la transmisión. El contrato debe formalizarse ante notario, y la ley prevé un sistema de garantías para evitar que el empresario disponga de la empresa sin atender a los derechos de los demás herederos.²⁷

40. En sí, el *patto di famiglia* es un contrato solemne que requiere la intervención notarial y prevé la renuncia a acciones sucesorias por parte de los descendientes no beneficiarios. Pese a su potencial, la práctica ha mostrado una utilización limitada debido a su complejidad, a la falta de cultura contractual en materia sucesoria (la cual percibo también en la sociedad española, realmente ajena a multitud de estas cuestiones) y a la incertidumbre sobre su compatibilidad con la reserva hereditaria –potenciado de nuevo por el desconocimiento–:

- Complejidad burocrática. El proceso requiere acuerdos entre todos los legitimarios, lo que puede ser difícil en familias numerosas o en caso de desacuerdos. La compensación económica debe ser valorada de forma exacta para evitar litigios, y el notario debe verificar la equidad.
- Limitación subjetiva y objetiva. El contrato solo puede beneficiar a los descendientes del empresario y se aplica a empresas familiares; no permite designar como sucesor a socios o colaterales. Esto excluye situaciones en las que el empresario no tiene hijos o desea transmitir la empresa a un sobrino o a un socio de confianza.²⁸
- Fiscalidad. Aunque la legislación fiscal italiana ha establecido exenciones para el *patto di famiglia*, la tributación de la transmisión de participaciones y de inmuebles puede ser elevada si no se cumplen determinados requisitos. Esto desincentiva la utilización del pacto.

b) Debates actuales y propuestas

41. El debate doctrinal italiano se centra en si debería ampliarse la admisión de pactos sucesorios más allá de la empresa, permitiendo acuerdos generales sobre la herencia. Algunos argumentan que la Constitución no impide la libertad contractual, siempre que se garantice la cuota legítima, y que el *patto di famiglia* podría convertirse en un modelo más amplio. Otros sostienen que la prohibición debe mantenerse para proteger a los herederos y evitar presiones sobre descendientes para renunciar a sus derechos.

42. En el plano internacional, un pacto italiano celebrado conforme al *patto di famiglia* es reconocido en otros Estados miembros, aunque su eficacia puede ser cuestionada si la ley aplicable elegida no es la italiana. La falta de otras modalidades de pactos sucesorios provoca que las familias italianas con vínculos internacionales recurran a mecanismos alternativos, como la donación con reserva de usufructo o la constitución de sociedades *holding* (recurso también usado en Reino Unido) para organizar la sucesión.

²⁷ A. M. LEROYER, “Les contrats successoriaux”, en *Droit des successions*, Droit Privé, París, Éditions Dalloz, 2011, p. 234.

²⁸ *Passim*, en A. ZACCARIA, *Perfiles del derecho italiano de sucesiones*, Barcelona, Colegio Notarial de Cataluña, 2008, pp. 56 y ss.

43. La doctrina italiana propone modificar el artículo 458 C. civ. It. para introducir nuevos tipos de pactos sucesorios. Entre las propuestas destacan: permitir pactos de renuncia a la legítima con compensación; autorizar pactos familiares que incluyan a colaterales; y admitir pactos de distribución futura de bienes que no sean empresas. Algunos autores sugieren que la prohibición general es anacrónica y que el Constitucional debería declararla inconstitucional por vulnerar el principio de autonomía de la voluntad y el derecho a la propiedad. Otros mantienen que la figura del *patto di famiglia* es suficiente y que cualquier ampliación pondría en riesgo la protección de los herederos y de la estabilidad familiar. En el contexto transfronterizo, se observa un incremento de italianos que, residiendo en países con regulación favorable, utilizan pactos sucesorios de otros ordenamientos y eligen la ley de su nacionalidad para regir la sucesión. Esta práctica ha generado controversia porque la prohibición italiana no tiene carácter de orden público internacional absoluto; por lo tanto, un pacto válido según la ley alemana o española puede ser reconocible en Italia bajo el RES aunque contravenga la legítima. Esta situación ha llevado a juristas italianos a reclamar claridad normativa.²⁹

D) Francia

a) Evolución normativa

44. El Código Civil francés prohibió los pactos sucesorios desde 1804, considerándolos contrarios a la libertad del testador y a la protección de la legítima (puede percibirse que el legislador prefiere limitar al testador mediante la legítima en lugar de posibilitar al testador limitarse por sí mismo mediante pacto). Casi dos siglos después, la reforma de 2006 introdujo dos excepciones significativas: la renuncia anticipada a la acción de reducción y el pacto sobre la distribución de la masa hereditaria futura. La renuncia anticipada permite a un legitimario renunciar en vida a su derecho a solicitar la reducción de disposiciones excesivas del testador, a cambio de una compensación, mientras que el pacto de distribución permite a los herederos acordar la partición futura de la herencia con la aprobación de todos los interesados.³⁰

45. Estas innovaciones reflejan una apertura del legislador francés hacia la contractualización de las sucesiones, inspirada en modelos alemanes y españoles. No obstante, la prohibición general de pactos de suceder subsiste. La doctrina francesa debate la conveniencia de crear un “pacto sucesorio general” que permita designar herederos mediante contrato (actualmente puede pactarse entre los herederos, pero no con el causante), siempre dentro de los límites de la legítima. Algunos abogan por permitir que padres e hijos pacten la transmisión de bienes a cambio de una compensación, siguiendo el modelo alemán. Otros temen que el pacto debilite la reserva hereditaria, favorezca a los más fuertes y conduzca a situaciones de abuso –aunque sería primero necesario estudiar hasta qué punto es imprescindible ésta y promueva negociaciones familiares que vulneren la igualdad entre herederos–. Esto sucede dado que la tradición francesa de sucesiones está marcada por la primacía de la reserva hereditaria. El Código Napoleón creó una legítima robusta que asegura a los descendientes una cuota determinada. La prohibición de pactos sobre herencias futuras se enraizaba en la idea de que la herencia es una institución de orden público. Las reformas de 2006 respondieron a las nuevas realidades de las familias recompuestas y a la necesidad de asegurar la continuidad de empresas. La doctrina valoró positivamente la renuncia

²⁹ P. MATERA examina el contenido patrimonial del *patto di famiglia* en el Derecho italiano, con especial atención a la delimitación de los bienes que pueden ser objeto del acuerdo. Se concluye que el pacto se restringe, por regla general, a participaciones societarias y activos empresariales destinados a garantizar la continuidad de la empresa familiar, quedando excluidos otros bienes del patrimonio del disponente. El autor analiza también la admisibilidad de cargas, condiciones y cláusulas específicas impuestas al beneficiario, como obligaciones de mantenimiento, cláusulas resolutorias o compensaciones económicas, lo que evidencia la configuración del pacto como un negocio complejo y funcional, más allá de su dimensión meramente transmisiva. Asimismo, se consideran los efectos del pacto sobre el patrimonio restante del disponente y su posible articulación con otros actos de planificación sucesoria, abriéndose así la reflexión sobre los límites de disponibilidad patrimonial, la eficacia de las cargas impuestas y la función ordenadora del pacto en contextos familiares y empresariales. *Vid.* “L’oggetto del patto di famiglia”, en *Il Patto di Famiglia: Uno studio di diritto interno e comparato*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 89 y ss.

³⁰ *Vid. esp.* A. M. LEROYER, “Les contrats successoraux”, p. 234.

anticipada como instrumento para evitar litigios y permitir donaciones generosas al cónyuge o a hijos de un segundo matrimonio. Sin embargo, algunos autores consideran que la figura se ha utilizado poco debido a la cultura de protección absoluta de la legítima y a la reticencia de los notarios a promover pactos que puedan ser impugnados. La jurisprudencia ha sido prudente, exigiendo que la renuncia sea libre y que la compensación sea suficiente. Frente a esto, la *Commissione Grimaldi* creada por el Ministerio de Justicia italiano en 2020 propuso una reforma que ampliaría las posibilidades de renuncia anticipada y de pactos de distribución, permitiendo la designación de un heredero contractual con la condición de compensar a los demás. Hasta ahora no se ha materializado, pero la presión de la globalización y la competencia de otros ordenamientos podría impulsar futuras reformas.

b) Tensiones y práctica notarial

46. En la práctica, las renunciaciones anticipadas y los pactos de distribución se utilizan de manera puntual, principalmente en contextos de familias recompuestas o de grandes patrimonios. La falta de cultura contractual y la persistencia de una visión patrimonial igualitaria frenan su uso. La doctrina y la jurisprudencia francesa han insistido en que las renunciaciones deben ser libres y que las compensaciones deben ser equitativas, requiriendo la intervención notarial y, en algunos casos, la aprobación judicial. En contextos transfronterizos, los notarios franceses se enfrentan a la admisión de pactos celebrados bajo leyes extranjeras. Gracias al RES, un pacto alemán o español puede ser reconocido en Francia, salvo que contradiga principios esenciales de su orden público, criterio al que ya hemos hecho referencia anteriormente. El debate estriba en si el pacto priva totalmente a los legitimarios franceses; en la mayoría de casos se admite si se respeta una cuota razonable y si la renuncia fue voluntaria.

E) Reino Unido

a) Máxima libertad testamentaria y ausencia de regulación específica

47. El Reino Unido se distingue por otorgar máxima libertad testamentaria. En el *Common Law*, las legítimas obligatorias no existen, salvo ciertos derechos del cónyuge viudo (dote o *dower* en épocas pasadas) y la posibilidad de impugnar un testamento por razones de equidad en la manutención de dependientes. No existe una figura comparable al pacto sucesorio regulado; sin embargo, se conocen acuerdos denominados *mutual wills* o testamentos recíprocos, en los que dos personas (generalmente esposos) pactan disposiciones idénticas y se comprometen a no revocar sin el consentimiento del otro –algo parecido es posible en Cataluña–. Estos testamentos recíprocos son exigibles en equidad, es decir, que el superviviente queda obligado –y limitado– a respetar los términos del primer fallecido, aunque en la práctica se pueda otorgar un nuevo testamento sujeto a *fiduciary obligations*.³¹

48. Además, se utilizan instrumentos como los *trusts* o los *deeds of family arrangement*, que permiten organizar la distribución patrimonial en vida o tras el fallecimiento sin acudir a un pacto sucesorio formal. No obstante, la Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975 permite a determinados familiares y dependientes impugnar un testamento si consideran que el testador no les ha dejado una “reasonable financial provision”. Este mecanismo actúa como un correctivo a la libertad, pero se aplica tras la muerte y bajo supervisión judicial.³²

³¹ *Passim*, en A. EGGER CASTILLO, “Inheritance Contracts: An Unknown Planning Tool for Brits with Assets in Switzerland?”, *Insights en CRS*; <https://www.charlesrussellspeechlys.com/en/insights/expert-insights/private-client/2022/inheritance-contracts-an-unknown-planning-tool-for-brits-with-assets-in-switzerland/>, 2022.

³² A. I. HERRÁN ORTIZ, “Sucesión contractual y sucesiones especiales en el Código Civil”, en *La capacidad para testar y las clases de testamento, el albaceazgo y la ineficacia del testamento*, Madrid, Dykinson, 2011, pp. 145-168. *Vid.* P. LÓPEZ PELÁEZ, “The partition made by the testator himself in an inter vivos act and its problems”, *Revista de Derecho Civil*, 4, 2023, pp. 153-197, *passim*. *Vid.* O. YE. KUKHARIEV, “The essence of the inheritance division agreement and its place in the system of Civil

49. En ausencia de pactos sucesorios, las familias utilizan instrumentos como:

- *mutual wills* (testamentos recíprocos). Son testamentos en los que dos personas se comprometen a dejar sus bienes de forma recíproca y a no revocar sin el consentimiento del otro. Tras el fallecimiento del primero, el testamento se vuelve irrevocable y crea una obligación de confianza (*constructive trust*) para el superviviente. El caso *Dufour v Pereira* (1769) estableció el principio de que el superviviente no puede disponer de los bienes en contra del pacto. Los *mutual wills* son similares a los testamentos mancomunados alemanes, pero su ejecución depende de la equidad.
- *Secret trusts*. Permiten transmitir bienes a un beneficiario confidencial mediante un acuerdo entre el testador y el *trustee*. Aunque no son pactos sucesorios, se usan para mantener la confidencialidad y control de la herencia.
- *Family arrangements*. Acuerdos informales en los que los herederos acuerdan redistribuir la herencia de manera distinta a la prevista en el testamento. Estos acuerdos son válidos si se cumplen ciertos requisitos de equidad y no contravienen normas de orden público.³³

50. La ausencia de pactos sucesorios no significa que no existan restricciones. El Derecho inglés prohíbe los contratos para disponer de una sucesión futura si contravienen principios de equidad. Además, el *Rule against perpetuities* limita la duración de los fideicomisos y de los intereses futuros. El Reino Unido tampoco forma parte del RES, lo que significa que los tribunales ingleses aplican sus propias normas de conflicto: la ley del domicilio habitual rige la sucesión de bienes muebles, mientras que la ley de la situación rige los bienes inmuebles. Esto crea incertidumbre para los británicos que otorgan pactos sucesorios en el extranjero.³⁴

51. La doctrina inglesa discute si se debería adoptar algún instrumento contractual similar al pacto sucesorio para mejorar la planificación patrimonial. Algunos académicos subrayan que la flexibilidad del *trust* ya ofrece soluciones eficientes, mientras que otros reconocen que un pacto sucesorio permitiría mayor seguridad en familias recompuestas y en empresas familiares. Cualquier reforma, sin embargo, enfrentaría la fuerte cultura de libertad testamentaria y la resistencia a introducir legítimas.

b) Cuestiones transfronterizas

52. La exclusión del RES implica que un pacto sucesorio celebrado en España, Francia o Alemania no será automáticamente reconocido en Reino Unido. Para que sea ejecutable, deberá cumplir con los requisitos del Derecho inglés (p.ej., si se trata de un *trust* o de un contrato irrevocable) y no violar principios fundamentales. Las familias británicas residentes en países que admiten pactos sucesorios

Law contracts”, *Bulletin of Kharkiv National University of Internal Affairs*, 4, 2022, pp. 81-92. <https://doi.org/10.23947/2949-1843-2023-1-2-68-79>. Vid. I. KOLESNIK y I. RUDIK, “Features of legal regulation of the certain types of inheritance agreements”, *Legal Order and Legal Values*, 1, 2023, pp. 68-79. <https://doi.org/10.32631/v.2022.4.07>. Vid. J. H. MCCUNN, *The interpretation of deeds and wills at Common Law, c. 1536-c. 1616*, 2019. <https://doi.org/10.17863/CAM.44115>.

³³ No obstante, en el procedimiento de sucesión inglés, la *Variation of Trusts Act 1958* o los *deeds of variation* en los dos años posteriores al fallecimiento, especialmente con fines fiscales, permite modificar las disposiciones testamentarias, siendo una característica única del sistema anglosajón. Esta flexibilidad *post mortem*, que prioriza el interés familiar inmediato o la eficiencia tributaria, contrasta radicalmente con la función predictiva y ordenadora del *patto di famiglia* italiano o del pacto sucesorio alemán, donde los efectos se pactan en vida, vinculando al causante y estabilizando anticipadamente la sucesión. El sistema inglés, al carecer de pactos obligatorios y anticipados, deja un espacio importante a la renegociación *post mortem*, a menudo incierta y potencialmente conflictiva. Vid. G. MILLER, “Post Mortem Succession Arrangements”, en *The Machinery of Succession*, Aldershot, Dartmouth Publishing Company Limited, 1996, pp. 342 y ss. *Passim*, en M. ANDERSON, “Una aproximación al derecho de sucesiones inglés”, pp. 1243-1282.

³⁴ E. ÁRBOL, “La traducción del derecho sucesorio: DE/FR/EN/ES”, *Estudios Franco-Alemanes. Revista internacional de Traducción y Filología*, 5, 2023, pp. 73-94, <https://doi.org/10.21071/estfa.v5i.15808>.

han empezado a utilizar estas herramientas para planificar su herencia de acuerdo con el Derecho local, lo que plantea desafíos a los tribunales ingleses cuando se solicita la ejecución de dichos pactos.³⁵

F) Síntesis comparada y tensiones transnacionales

53. El análisis comparado revela una gran heterogeneidad; mientras que Alemania y los derechos forales españoles permiten ampliamente los pactos sucesorios, Italia y Francia los admiten solo en casos excepcionales y Reino Unido carece de regulación específica, pero aplica el principio de libertad contractual. Estas diferencias generan tensiones en situaciones en que el causante, sus herederos o sus bienes tienen vínculos con más de un Estado. Los puntos de tensión principales son la incompatibilidad entre la libertad dispositiva del causante y las legítimas estrictas, las diferentes modalidades de pactos (de renuncia, de mejora, de distribución futura) y los conflictos de leyes que surgen cuando un pacto tiene efectos en varios países. Además, algunos ordenamientos permiten renunciar a la legítima de manera contractual (Alemania, ciertos fueros españoles), mientras que otros no (Italia, Francia). Asimismo, la cultura jurídica influye en la utilización de los pactos pues en regiones con tradición pactista se utilizan de manera habitual, mientras que en países sin tradición la figura despierta desconfianza e incluso algunos ordenamientos como el alemán posibilitan el testamento mancomunado, lo que dificulta su conceptualización, al revestir gran parte de las características de un pacto sucesorio, pero establecerse como forma testamentaria válida.

54. En todo este conjunto, el RES vino a aportar un marco común de Derecho Internacional Privado, pero no elimina la diversidad material, lo que muchas veces se ha entendido como un fracaso de la integración aspiracional europea ya que las lagunas interpretativas y la posibilidad de invocar el orden público siguen siendo fuentes de inseguridad, a la par que las alternativas existentes también presentan fugas teóricas. La comparación sugiere la necesidad de avanzar hacia un modelo europeo que, sin unificar completamente el Derecho sucesorio, ofrezca un conjunto de normas mínimas o principios comunes sobre pactos sucesorios.

III. Hacia un marco común europeo sobre pactos sucesorios

1. Clarificación de las reglas de elección de ley

55. El RES permite, en su artículo 22, que una persona elija la ley de su nacionalidad como ley aplicable a su sucesión. Esta disposición podría utilizarse para seleccionar una ley que admita pactos sucesorios, aunque la ley de la residencia habitual no los permita. Sin embargo, existen dudas sobre la extensión de esta facultad cuando se trata de pactos que involucran a múltiples partes con distintas nacionalidades. Sería recomendable que el legislador europeo clarificara que la elección de ley debe contar con el consentimiento expreso de todas las partes y que, en caso de pluralidad de nacionalidades, puedan acordar la aplicación de una ley que ofrezca la mayor seguridad jurídica (que dicho sea de paso, es a lo que se recurre por lógica, no por ley: se aplica el principio ya dado en el Convenio de la Haya de 1961, esto es, el vínculo más estrecho o el *favor validitatis*, de manera que se busca facilitar la validez formal del acto ya sea conforme a una de las leyes de la nacionalidad de las partes, de la residencia habitual de uno de ellos, o, lo que también tiene cierta lógica, la ley aplicable a la forma del lugar en el que se realice el acto).³⁶

³⁵ A. DEVAUX, “The european regulations on succession of july 2012: a path towards the end of the succession conflicts of law in europe, or not?”, *The International Lawyer*, 2, 2013, pp. 233-236, <https://doi.org/10.2139/ssrn.2230663>. *Vid. esp.* J. M. CARRAU CARBONELL, “El derecho de transmisión en el derecho sucesorio. solución a la problemática entre la tesis de la adquisición directa y la tesis de la doble transmisión; desde los prismas del derecho común, foral y comparado”, *Universitat de Valencia*, 2022, pp. 201-202. *Vid. C.* AZCÁRRAGA MONZONÍS, “El nuevo Reglamento de Sucesiones. Aspectos escogidos”, *España y la Unión Europea en el orden internacional: XXVI Jornadas ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 573-580.

³⁶ J. A. OBARRIO MORENO, “M. J. Azaustre Fernández, determinación de la residencia habitual y foros de competencia: del derecho romano al Reglamento Europeo de Sucesiones”, *Glossae: European Journal of Legal History*, 19, 2022, pp. 721-727.

56. Adicionalmente, podría establecerse que la elección de ley se formalice mediante una cláusula específica en el pacto sucesorio, indicando de forma expresa la norma seleccionada y su alcance. Esto evitaría confusiones sobre si la elección se refiere a toda la sucesión o únicamente al pacto y facilitaría el control de los notarios y registradores, pero esto entra en lo que podríamos considerar soluciones operativas, ajenas a la norma.³⁷

2. Debates doctrinales y perspectivas teóricas

57. La discusión académica sobre los pactos sucesorios se articula en torno a dos grandes polos: la autonomía de la voluntad y la protección de la familia. El modelo liberal, defendido por la doctrina alemana y por sectores del Derecho foral español, sostiene que la libertad de disposición debe prevalecer, siempre que se garanticen compensaciones justas. Este enfoque considera que la legítima es un instrumento obsoleto, que genera tensiones y que impide la adaptación a las necesidades empresariales y familiares actuales. La experiencia alemana demuestra que la renuncia a la legítima no destruye la cohesión familiar si se negocia de buena fe y bajo supervisión notarial.

58. En el otro extremo, la doctrina conservadora, dominante en Francia e Italia, subraya la función social de la legítima como forma de asegurar la igualdad entre herederos y de evitar que los más débiles sean presionados. Se argumenta que la renuncia contractual puede disfrazar desigualdades económicas y que las familias disfuncionales pueden utilizar el pacto para excluir a miembros vulnerables. Además, se señala que la tradición latina concibe la herencia como un patrimonio familiar, no como una propiedad individual del causante. Desde esta perspectiva, los pactos sucesorios deberían limitarse a casos muy específicos (empresas familiares) y acompañarse de fuertes controles judiciales.³⁸

59. Una posición intermedia plantea la modulación de la legítima. Esta corriente sostiene que no debe abolirse la legítima, sino permitir su negociación. La legítima se concebiría como un mínimo indisponible que puede renunciarse a cambio de una compensación adecuada y con la intervención de profesionales. El RES no impone normas materiales, pero la Unión Europea podría promover directrices para una legítima modulable. Este enfoque permitiría conjugar la autonomía y la protección, adaptándose a la diversidad cultural.³⁹

60. El debate también aborda la cuestión de la justicia intergeneracional. La ampliación de la esperanza de vida y el incremento del patrimonio en manos de los mayores hace que los hijos hereden en edad madura. Algunos autores proponen que la legítima se reduzca a favor de los nietos, para evitar acumulaciones de riqueza y promover la solidaridad intergeneracional. En este contexto, los pactos sucesorios podrían utilizarse para garantizar la educación o el apoyo económico a los nietos, renunciando los hijos a parte de su legítima. La compatibilidad de estas ideas con las legislaciones nacionales sigue siendo objeto de estudio.⁽⁴⁰⁻⁴¹⁾

³⁷ Y. E. ALARCÓN PALACIO, “El Reglamento (UE) 650 de 2012 de sucesiones internacionales y el paradigma forum/ius. una mirada a su proceso de creación y a su desarrollo jurisprudencial”, pp. 149 y ss.

³⁸ H. ROSOUX Y P. WAUTELET, “Rédaction de dispositions à cause de mort dans un contexte international”, en *Le Testament. De sa rédaction à son interprétation*, Bruselas, Éditions Larcier, 2014, pp. 60 y ss.

³⁹ Á. LARA AGUADO, “Claves del Reglamento (UE) 650/2012 a la luz de la jurisprudencia del TJUE: de la especialización a la (in)coherencia a través del mito del principio de unidad y las calificaciones autónomas unívocas”, *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, Estudios, 39, 2020, p. 37, <https://doi.org/10.17103/reei.39.02>.

⁴⁰ A. GAZZANTI PUGLIESE DI COTRONE, “Patti successori”, en *La successione per causa di morte. Parte generale*, Milán, Wolters Kluwer Italia, 2009, pp. 38-40.

⁴¹ A. BRAUN, “Testamentary Freedom and its Restrictions in French and Italian Law: Trends and Shifts”, en *Freedom of Testation / Testierfreiheit, Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 76-77.

3. Soluciones ante conflictos derivados de la cláusula de orden público

61. La cláusula de orden público es necesaria para preservar los principios fundamentales de cada Estado, pero su aplicación debe ser excepcional y restringida. Para evitar que esta cláusula sea utilizada de manera abusiva, se propone:

- Definición comunitaria de orden público sucesorio: El legislador europeo podría elaborar una lista orientativa de valores esenciales que constituyen el orden público en materia sucesoria (p. ej. protección de menores, incapaces o cónyuge viudo, prohibición de disposiciones discriminatorias). Ello no impediría la autonomía de los Estados, pero limitaría la discrecionalidad de los tribunales a casos verdaderamente graves.⁴²
- Preeminencia del reconocimiento mutuo: Reforzar el principio de reconocimiento de pactos sucesorios válidamente celebrados en otro Estado miembro, de manera que la invocación de orden público requiera una motivación cualificada y se prohíba basarla exclusivamente en diferencias sobre la cuantía de la legítima.⁴³
- Mecanismo de consulta previa: Introducir un procedimiento de consulta entre autoridades judiciales y notariales de los Estados implicados cuando exista duda sobre la contrariedad al orden público, similar al mecanismo de la cooperación judicial en materia civil. Esto permitiría evaluar conjuntamente la compatibilidad del pacto sin caer en decisiones unilaterales.

4. Armonización de estándares mínimos para el reconocimiento transfronterizo

62. Sin pretender uniformar completamente el Derecho sucesorio, se podrían establecer principios o estándares mínimos aplicables a los pactos sucesorios en toda la UE:

- Forma pública y transparencia: Exigir que todo pacto sucesorio se otorgue mediante escritura pública ante notario o autoridad competente y que se inscriba en un registro accesible a través del Certificado Sucesorio Europeo. La interconexión de registros nacionales facilitaría el acceso a la información y evitaría fraudes.
- Consentimiento libre e informado: Garantizar que las partes otorguen el pacto sin coacción y con pleno conocimiento de las consecuencias. Podría establecerse la obligación de asesoramiento independiente para los legitimarios que renuncian a derechos, para asegurar la equidad de la compensación.
- Protección de legitimarios vulnerables: Fijar un umbral mínimo de protección para menores, incapaces o personas con discapacidad. Por ejemplo, permitir la renuncia a la legítima solo si se garantiza una compensación suficiente y se prevé tutela judicial.
- Renuncia contractual a la legítima: Reconocer a nivel europeo la posibilidad de que el legitimario renuncie de forma contractual a su legítima a cambio de una compensación, siguiendo los modelos alemán y foral español. Esto dotaría de coherencia al sistema y favorecería la planificación sucesoria.
- Compatibilidad con órdenes jurídicos no participantes: Diseñar mecanismos de reconocimiento para que un pacto otorgado conforme al RES pueda surtir efectos en países que no participan en el Reglamento (como Reino Unido), ya sea mediante acuerdos bilaterales o mediante la inclusión de cláusulas de reconocimiento en los pactos.

⁴² P. LAGARDE, “Article 25: Agreements as to succession”, en *EU Regulation on Succession and Wills – Commentary*, Köln, erlag Dr. Otto Schmidt KG, 2015, 47 y ss.

⁴³ J.-P. LABORDE, “Les successions internationales”, en *Droit patrimonial européen de la famille*, París, LexisNexis, 2013, pp. 59-64.

5. Ventajas y dificultades prácticas de la armonización

63. La armonización europea de los pactos sucesorios ofrece numerosas ventajas:

- Seguridad jurídica y previsibilidad. Las familias transnacionales podrán planificar su sucesión con la certeza de que el acuerdo será reconocido en todos los Estados miembros, reduciendo litigios y evitando la fragmentación del patrimonio.
- Fomento de la economía familiar y empresarial. Los pactos permiten transmitir empresas y bienes sin dilapidar activos ni provocar conflictos entre herederos. La armonización incentivaría la continuidad empresarial, evitando la división obligada de participaciones.
- Adaptación a la diversidad familiar. En un contexto en que las familias reconstituidas, los matrimonios entre personas de distintas nacionalidades y las parejas no casadas son cada vez más habituales, los pactos sucesorios ofrecen herramientas flexibles para armonizar intereses y asegurar el bienestar de los allegados.

64. No obstante, la armonización también conlleva dificultades prácticas:

- Resistencia cultural y política. Algunos ordenamientos valoran la legítima como expresión de solidaridad intergeneracional y pueden resistirse a flexibilizarla. La percepción social de la herencia como patrimonio de los hijos dificulta la renuncia contractual. Además, la competencia legislativa en materia civil pertenece en gran medida a los Estados miembros, lo que dificulta la adopción de normas materiales comunes.
- Protección de personas vulnerables. Los pactos sucesorios pueden ser utilizados para presionar a ciertos herederos a renunciar a sus derechos. Es imprescindible establecer mecanismos de supervisión que garanticen la libertad y la equidad, lo que incrementa los costes y la burocracia.
- Compatibilidad con sistemas extracomunitarios. La interconexión con países no participantes, en especial Reino Unido y Suiza, exige acuerdos complementarios y puede generar conflictos de leyes complejos.

65. Pese a estos retos, la creación de un marco común europeo sobre pactos sucesorios es un objetivo deseable. La armonización no pretende eliminar las legítimas ni uniformar completamente las instituciones, sino asegurar que los pactos celebrados en un Estado miembro puedan ser reconocidos y ejecutados en el resto, en línea con el principio de libre circulación de personas y capitales.

IV. Jurisprudencia europea y casos emblemáticos del Reglamento 650/2012

66. El Reglamento 650/2012 se ha puesto a prueba a través de varias resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y decisiones de tribunales nacionales, que han aclarado su interpretación y han evidenciado sus límites. Tres casos paradigmáticos —*Kubicka*, *Mahnkopf* y *Oberle*— ilustran la interacción entre pactos sucesorios, legítimas y normas de conflicto mereciendo sucinta y especial mención en este apartado.

1. Caso *Kubicka* (2016) - Legado *ex lege patriae* vs. la *lex rei sitae*.

67. En el asunto *Kubicka* (asunto C-218/16)⁴⁴, el TJUE abordó la cuestión de si un legado *ex lege* otorgado bajo la ley nacional del causante debía ser reconocido en otro Estado miembro cuyo ordenamiento no contempla ese legado. El caso surgió a raíz de una herencia polaco-alemana: el causante, de nacionalidad polaca pero residente en Alemania, había otorgado un testamento en el que legaba bienes

⁴⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 12 de octubre de 2017, *Kubicka*, asunto C-218/16, ECLI:EU:C:2017:755.

situados en Polonia. Se planteó entonces si las exclusiones relativas a la naturaleza de los derechos reales y a la inscripción registral previstas en el artículo 1.2, letras k) y l), o el mecanismo de adaptación del artículo 31 permitían negar el reconocimiento de los efectos reales de dicho legado.⁴⁵

68. El TJUE declaró que la ley aplicable determinada por el RES rige la sucesión en su conjunto y que los Estados miembros deben reconocer los legados previstos por esa ley, aunque su ordenamiento no contemple una figura equivalente. Esta resolución tuvo un impacto directo en los pactos sucesorios: si un pacto alemán atribuye bienes situados en otro Estado, este debe reconocer la eficacia de la atribución salvo que se vulnere su orden público. La sentencia animó a los notarios a informar a las partes sobre la posibilidad de elegir la ley aplicable y reforzó la vocación universal del RES.

2. Caso *Mahnkopf* (2018) - Derechos del cónyuge viudo y calificación jurídica del pacto.

69. El asunto *Mahnkopf* (asunto C-558/16)⁴⁶ se centró en la calificación de un pacto sucesorio y en la compatibilidad entre el Derecho nacional y el Reglamento. El TJUE declaró que una norma nacional que incrementa la cuota hereditaria del cónyuge supérstite como consecuencia de la liquidación del régimen económico matrimonial debe considerarse comprendida en la materia sucesoria a efectos del Reglamento. En consecuencia, dicha cuota puede reflejarse en el CES.⁴⁷

70. La sentencia *Mahnkopf* clarificó la delimitación entre sucesión y régimen económico matrimonial. Además, el TJUE reconoció la validez de la elección de ley realizada por los cónyuges a favor de su ley nacional incluso cuando la residencia habitual era en otro Estado miembro. La sentencia evidencia la importancia de la intervención notarial y de la información adecuada sobre las consecuencias de la elección de ley. Desde entonces, notarios y juristas han subrayado la necesidad de distinguir claramente entre testamentos conjuntos y pactos sucesorios para aplicar correctamente el RES.

3. Caso *Oberle* (2019) - Certificados sucesorios y duplicidad de procedimientos

71. El asunto *Oberle* (asunto C-20/17)⁴⁸ versaba sobre la expedición del Certificado Sucesorio Europeo (CSE) y la coexistencia de procedimientos sucesorios en distintos Estados. El causante, residente en Francia y propietario de bienes en Alemania. El hijo solicitó en Francia una declaración de notoriedad y la expedición de un CSE, mientras que otro heredero inició un procedimiento en Alemania. Las autoridades francesas se negaron a expedir el CSE alegando que el asunto era de competencia alemana.

72. El TJUE señaló que el objetivo del CSE es permitir que los herederos prueben su derecho en cualquier Estado miembro y que no es necesario que exista un procedimiento sucesorio en el Estado

⁴⁵ I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, “La ley aplicable a los pactos sucesorios”, Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, 2014, pp. 306-315. Vid. D. J. HAYTON, ed., *European succession laws*, Bristol, Jordans, 2002, pp. 433-436. En este sentido, Goyeneche articula, con apoyo en el art. 36.1 RES, cómo se integra la sucesión transfronteriza cuando el causante está vinculado a un Estado plurilegislativo como España: primero localiza la unidad territorial aplicable mediante las reglas internas de conflicto (vecindad civil, derechos forales) y solo después aplica la ley sucesoria designada por el RES. A partir de ese punto, el trabajo sistematiza los cuatro modelos de remisión vigentes en la UE —indirecta, directa, subsidiaria y mixta— y demuestra que el legislador europeo optó por la remisión subsidiaria para respetar las autonomías civiles internas. El análisis se completa con la crítica a la complejidad práctica de la vecindad civil, atenuada por la reforma del Registro Civil que desde 2021 permite optar por vecindad ante notario, lo que reforzó la seguridad jurídica de los pactos sucesorios en contextos multinivel. Vid. S. GOYENECHÉ, “La détermination de la loi successorale applicable au regard des systèmes juridiques non unifiés. Aspects de droit français et de droit espagnol”, Universidad del País Vasco, 2022, pp. 25 y ss).

⁴⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 1 de marzo de 2018, *Mahnkopf*, asunto C-558/16, ECLI:EU:C:2018:138.

⁴⁷ L. AGUADO, “Claves del Reglamento (UE) 650/2012 a la luz de la jurisprudencia del TJUE”, p. 37.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 21 de junio de 2018, *Oberle*, asunto C-20/17, ECLI:EU:C:2018:485.

miembro que expide el certificado. Asimismo, estableció que la autoridad emisora debe comprobar la ley aplicable, incluso si la sucesión se está tramitando en otro Estado. El caso Oberle puso de manifiesto la falta de coordinación entre registros y autoridades nacionales y evidenció la necesidad de una base de datos europea. También resaltó la importancia de inscribir los pactos sucesorios en un registro accesible para que terceros puedan verificar su existencia.

73. Estos casos muestran cómo la jurisprudencia europea está interpretando el RES en sentido proactivo, favoreciendo la eficacia de los pactos sucesorios y de la elección de ley. Sin embargo, también revelan tensiones: la necesidad de preservar el orden público, la coordinación entre procedimientos y la distinción entre testamentos y pactos. La casuística demuestra que cada sucesión transfronteriza puede plantear problemas inéditos y subraya la importancia de contar con profesionales cualificados y con un marco normativo claro.⁴⁹

V. Propuestas complementarias para la armonización y la modernización

74. El diseño de un marco europeo común sobre pactos sucesorios requiere un enfoque multifacético que combine reformas legislativas, coordinación administrativa y sensibilización social. Además de las propuestas ya mencionadas (clarificación de la elección de ley, regulación de la cláusula de orden público y establecimiento de estándares mínimos), a continuación, sugiero ciertas medidas complementarias:

- Reconocimiento mutuo automático mediante el Certificado Sucesorio Europeo: El CSE fue concebido como un documento que acredita la cualidad de heredero, legatario o administrador de la herencia en cualquier Estado miembro. Para potenciar su eficacia, debería posibilitarse que la inscripción de un pacto sucesorio en el registro correspondiente permita la expedición automática de un CSE que incluya las cláusulas esenciales del pacto. No es imprescindible digitalizar o coordinar administraciones –aparte de que el esfuerzo sería mayúsculo y las reticencias más que obvias–. Este documento, reconocible en todos los Estados miembros, garantizaría el respeto del pacto sin necesidad de procedimientos adicionales. Se trata, simplemente de potenciar instrumentos ya existentes. La interconexión de registros notariales y de últimos deseos sería clave, pero utópica: aún no podemos realizar realmente un testamento digital, cuando menos estamos más de una década retrasados respecto de las tecnologías de cadenas de bloques que vienen a descentralizar ciertas funciones notariales. Sí, los notarios podrían verificar en línea la autenticidad y vigencia del pacto, reduciendo así el fraude y los retrasos, pero encuentro más efectivo la automatización del CSE que la interconexión administrativa.
- Armonización fiscal y reducción de cargas impositivas: Las diferencias fiscales en materia de sucesiones y donaciones suelen ser un obstáculo para la utilización de pactos sucesorios. La creación de directrices europeas que recomienden a los Estados miembros introducir exenciones o bonificaciones para las transmisiones mediante pactos sucesorios, especialmente cuando contribuyen a la continuidad de empresas familiares o a la protección de menores y personas con discapacidad. Una armonización mínima en la fiscalidad evitaría que los ciudadanos busquen jurisdicciones con menor carga tributaria y fomentaría la planificación ordenada de la sucesión. En puridad no es el foco ni la línea que desea adoptar esta investigación, pero no es menos cierto que una situación equilibrada impositiva frenaría los usos fraudulentos y las fugas del sistema actual. Entraría dentro de las propuestas preventivas.
- Formación y sensibilización de notarios y juristas: La efectividad de los pactos sucesorios depende en gran medida de la formación de los profesionales del Derecho. El Consejo de Notariados de la UE y las asociaciones de abogados, deben seguir difundiendo el conocimiento

⁴⁹ M. J. CASTELLANOS RUIZ, “Competencia internacional en materia de expedición de certificados sucesorios: a propósito de la sentencia del TJUE 21 junio 2018, V. Pierre Oberle, C-20/17”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 1, 2020, p. 473, <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5199>.

sobre los pactos sucesorios, el RES, la elección de ley y la práctica transfronteriza. Estos programas deberían incluir estudios de casos y simulaciones de sucesiones complejas, así como un módulo sobre ética y salvaguardias para proteger a los participantes vulnerables. La sensibilización también debería dirigirse al público con campañas informativas que pueden explicar en un lenguaje claro las ventajas y riesgos de los pactos sucesorios, contribuyendo a romper prejuicios y fomentar su aceptación. No se trata de “construir castillos en las nubes”, sino de adquirir una conciencia de servicio ciudadano más allá de los muros de un despacho, del grupo de trabajo de una notaría o del impacto de una publicación en una revista académica. Aunque el legislador se nutra de todas estas fuentes, debe siempre permanecer prioritaria la funcionalidad al ciudadano, fin último al que sirve toda esta normativa.

- Integración de personas vulnerables: La política de sucesiones no puede ignorar que cualquier marco europeo sobre pactos sucesorios incluya disposiciones que prohíban cláusulas discriminatorias y que exijan la intervención judicial cuando se sospeche de presiones. Además, se debe asegurar que las personas con discapacidad cuenten con el apoyo necesario para otorgar o renunciar a pactos, garantizando su autonomía dentro de los límites de su capacidad.
- Digitalización y registro electrónico de pactos sucesorios: La digitalización es un aspecto esencial para la modernización del Derecho de sucesiones. La creación de un registro europeo electrónico de pactos sucesorios, como ya avancé anteriormente, conectado con los registros nacionales y con el sistema eIDAS de identificación electrónica. Este registro permitiría a los notarios inscribir los pactos de forma segura, facilitando la comprobación de su vigencia y evitando la duplicidad de pactos. Asimismo, las partes podrían consultar el registro para conocer si el causante ha otorgado un pacto en otro Estado o, incluso, si ha variado la residencia habitual, de forma que pueda prevenirse la efectividad de ciertos pactos. La digitalización contribuiría a acelerar los procedimientos y a reducir costes, pero requiere inversiones y el desarrollo de estándares de ciberseguridad para proteger datos sensibles, lo que ofrece una viabilidad muy lejana en el tiempo, máxime teniendo en cuenta la velocidad a la que avanza el estadio digital.

1. Evaluación crítica de las propuestas

75. Las propuestas de armonización requieren un análisis crítico para valorar su viabilidad. En primer lugar, la clarificación de la elección de ley es fundamental, pero algunos juristas temen que la facultad de elegir promueva la *shopping of laws*, es decir, que los causantes seleccionen la ley que más les beneficie, en detrimento de la protección de los herederos. Por ello, se sugiere exigir el consentimiento de todos los participantes y prever la intervención judicial cuando la elección resulte perjudicial.

76. En segundo lugar, la restricción de la cláusula de orden público es necesaria para evitar abusos, pero no debe vaciar de contenido los principios esenciales de cada ordenamiento. La elaboración de una lista de valores comunes ha de ser útil, de forma que su aplicación práctica requiera una interpretación mínima, lo que a su vez neutralizaría impugnaciones y aceleraría el proceso hereditario. Algunos Estados, como Francia, podrían considerar que su reserva hereditaria es un valor constitucional; en tal caso, la armonización debería respetar este núcleo.

77. En tercer lugar, la armonización de la forma y de la renuncia plantea desafíos logísticos. Exigir escritura pública y asesoramiento obligatorio incrementa los costes y puede disuadir a particulares de celebrar pactos. Por contra, la digitalización podría abaratar procesos, pero no sustituye la necesidad de un asesoramiento personal. Además, la interconexión de registros exige inversiones y la superación de barreras idiomáticas y técnicas. Es algo que terminará llegando, pero que precisa de inversiones decididas a desarrollarlas.

78. En cuarto lugar, la armonización fiscal es políticamente sensible. Los Estados utilizan la fiscalidad de sucesiones como herramienta de redistribución y de recaudación. La propuesta de exenciones

europas para pactos sucesorios podría encontrarse con resistencias, sobre todo en países que recaudan altos impuestos de sucesiones. Una alternativa es ofrecer incentivos fiscales específicos para pactos que preserven empresas y apoyen a personas vulnerables, sin generalizar exenciones.

79. En quinto lugar, las propuestas sobre la protección de vulnerables son loables, pero requieren un cambio de cultura jurídica y social. La intervención judicial para evitar desigualdades puede entorpecer la rapidez del pacto. La solución pasa por formar a notarios y jueces en igualdad de género y establecer protocolos de detección de coacciones.

80. Las propuestas formuladas en este artículo son viables, pero su éxito dependerá de la voluntad política de los Estados miembros y de la participación activa de los operadores jurídicos. La armonización deberá adaptarse a la diversidad europea y combinar normas vinculantes con recomendaciones y prácticas convergentes, mientras que el criterio de la residencia habitual fomenta a veces un colapso en la validez de los pactos al ser susceptibles de mayor vulnerabilidad que la sucesión testamentaria; es decir, previo al RES el criterio de la nacionalidad era ciertamente limitante, pero ofrecía seguridad jurídica; a día de hoy, la residencia habitual, un criterio mutable y que no tiene por qué reflejar un verdadero vínculo, genera tensiones y problemas de aceptación e inscripción del pacto sucesorio. Ha de recurrirse a un *favor validitatis* para no hacer inservible esta figura sucesoria.

81. Además, un aspecto frecuentemente omitido en los debates académicos es la gestión práctica de los pactos sucesorios por parte de los notarios, registradores y autoridades administrativas. Las experiencias reales de notarías en España, Alemania y Francia resaltan problemas de interpretación, formalización y seguimiento de los pactos que ilustran la importancia de dotar a los operadores jurídicos de herramientas claras y de coordinar las administraciones en la medida de lo posible. Quizá no se trate tanto de inventar la rueda, si no de aplicarla correctamente. Ya en la Edad Media había cofres con asas o correas para cargar ropa o pertenencias durante viajes, pero nadie pensó en ponerle ruedas a la maleta hasta hace apenas 50 años. La maleta con ruedas se patentó en 1972. Quizá sea cuestión de obtener una visión periférica en lugar de centrarse en aspectos concretos y divagar y debatir sobre ellos, perdiendo el sentido jurídico del sistema. Tal vez, sea la prevención y la coordinación con instrumentos digitales la baza que facilite la información y, con ello, que se fomente la ley aplicable, evitando conflictos futuros, minimizando la litigiosidad y facilitando procesos y tiempos. La expectativa creada a raíz de un pacto a su vez, sufriría menos merma, al no verse afectada a futuro por posibles cambios de residencia, concepción de legítimas o disparidades fiscales añadidas.

82. En muchos países europeos, los pactos sucesorios son relativamente recientes o están restringidos a territorios específicos. Esto provoca una falta también de conocimiento por parte de notarios y registradores que, acostumbrados al testamento como instrumento principal, se muestran reticentes a tramitar pactos. En España, por ejemplo, algunos registradores se niegan a inscribir pactos de definición o apartación otorgados por extranjeros, argumentando que no se trata de herencias sino de donaciones. El Consejo General del Notariado ha emitido circulares aclarando que los pactos sucesorios son actos *mortis causa* y que deben inscribirse en el Registro de Últimas Voluntades para ser efectivos.

83. La falta de conocimiento también se refleja en la redacción de los pactos. Notarios sin experiencia pueden omitir cláusulas importantes (como la elección de ley, la distribución de gastos o la inscripción en registros). Esto da lugar a litigios posteriores y a la impugnación de pactos. Para evitar estas situaciones, los colegios notariales han propuesto elaborar formularios modelo, adaptables a cada ordenamiento, que incluyan las advertencias necesarias y las cláusulas básicas. La creación de una base de datos europea con modelos traducidos contribuiría a homogeneizar la práctica, pero no dejan de ser parches y recomendaciones, no cauces obligatorios –no por cuestión política– sino por el mero criterio de la virtud.

84. Otro problema es la publicidad de los pactos. A diferencia de los testamentos, que se depositan en registros centralizados (como el Registro General de Actos de Última Voluntad en España), los

pactos sucesorios a menudo se quedan en la notaría o en un registro local, sin una base de datos nacional o transfronteriza. Esto ocasiona que los bancos, las empresas y los potenciales compradores no conozcan la existencia del pacto y realicen operaciones de forma inadvertida. Por ejemplo, una persona que ha otorgado un pacto de heredamiento que incluye la transmisión de una finca puede venderla posteriormente; el comprador, al no saber del pacto, adquiere el bien de buena fe, lo que genera conflictos. La solución pasa por instaurar registros centralizados y obligatorios para los pactos, conectados al Catastro y a los registros de la propiedad. Cuando se inscribe un pacto, el registrador debe anotar en los folios registrales afectados la existencia de una limitación dispositiva. Asimismo, las autoridades tributarias deben tener acceso para aplicar la fiscalidad correcta. A nivel europeo, el intercambio de información mediante la red e-Justice permitiría que los notarios comprueben, antes de otorgar un pacto, si la persona ya ha otorgado uno en otro país, evitando duplicidades. Como ya avancé al lector, elementos e instrumentos haylos, es cuestión de que funcionen de manera mejorada.

A) Ejecución y fiscalidad del pacto (Alemania)

85. Una vez fallecido el causante, la ejecución del pacto sucesorio exige un desglose de obligaciones. Los notarios y albaceas deben verificar que las condiciones del pacto se cumplan (p.ej., pago de compensaciones, entrega de bienes, liquidación de deudas) y que se respeten los límites legales (legítima, reserva). Esto implica coordinarse con los herederos, bancos, registros y autoridades fiscales. Los pactos sucesorios suelen tributar como sucesiones, pero si implican transferencias *inter vivos*, pueden generar impuestos de donaciones. La falta de claridad fiscal en algunos países desincentiva la utilización de estos pactos. Las autoridades deberían ofrecer guías fiscales que expliquen el tratamiento de cada tipo de pacto. En Alemania, la renuncia a la legítima está sujeta a impuestos si la compensación excede ciertos límites; en España, la tributación varía según la Comunidad Autónoma. Francia establece un régimen específico para la renuncia anticipada, equiparándola a una donación con reducción de impuestos. La armonización fiscal, como se ha propuesto, podría simplificar la gestión y fomentar la adopción de pactos.

86. Otra cuestión sensible es la protección de acreedores. El causante que celebra un pacto sucesorio puede estar endeudado y, al transferir bienes en vida o prometer su transmisión, reduce la masa patrimonial disponible para satisfacer deudas. Los acreedores podrían impugnar el pacto alegando fraude o perjuicio. La legislación alemana permite que los acreedores ataquen el pacto si se demuestra mala fe; en España, el artículo 1001 C.C. permite ejercitar la acción de rescisión de donaciones y pactos por fraude de acreedores. Por ello, se recomienda incluir en los pactos cláusulas de garantía, como la asunción de deudas por parte del heredero o la constitución de fianzas. Este tipo de medidas afecta a la tipología en sí del pacto. Al igual que los testamentos pueden ser condicionados y catalogados en este sentido, también podría partirse de esta idea para la sucesión pactada. Los pactos sucesorios también pueden afectar a terceros adquirentes. Si el heredero pactado recibe bienes que ya habían sido vendidos o gravados, el pacto queda sin objeto. Para proteger a terceros de buena fe, los ordenamientos suelen otorgar prioridad al acto registrado primero. De ahí la importancia de inscribir el pacto y de consultar los registros antes de otorgarlo. En definitiva: una armonización europea de la publicidad registral contribuiría a evitar conflictos.

2. Pactos sucesorios y activos digitales: retos emergentes

87. La digitalización de la economía ha dado lugar a un nuevo fenómeno: la herencia digital. Cuentas en redes sociales, archivos en la nube, criptomonedas y activos en plataformas digitales forman parte de los patrimonios y pueden alcanzar un valor significativo. La gestión de estos bienes plantea desafíos singulares en el marco de los pactos sucesorios ya que la información está dispersa, los proveedores aplican condiciones de uso que a veces prohíben la transmisión y la legislación es incipiente. ¿Cómo podemos integrar los activos digitales en los pactos sucesorios?

88. Identificación y valor de los activos digitales. A menudo los herederos desconocen la existencia de criptomonedas o de cuentas en línea. Para que un pacto sucesorio incluya estos bienes, el otorgante debe inventariarlos y proporcionar información de acceso (claves, contraseñas o *seed phrases*). La falta de un inventario claro puede frustrar la eficacia del pacto. En países como Alemania y Francia, los tribunales han comenzado a reconocer el derecho de los herederos a acceder a las cuentas del fallecido, pero las plataformas establecen sus propias reglas. Un pacto sucesorio puede prever que el heredero acceda a los activos digitales y designar a un administrador digital encargado de recopilarlos.

89. El valor de los activos digitales es volátil, especialmente en el caso de criptomonedas. Esto complica la determinación de compensaciones en pactos de renuncia o en pactos de distribución. Un heredero podría renunciar a una legítima física a cambio de criptomonedas cuyo valor además fluctúa drásticamente. Es necesario introducir cláusulas que permitan ajustar la compensación al valor de mercado en el momento del fallecimiento o que establezcan porcentajes en lugar de cantidades fijas. Los notarios deberán familiarizarse con la valoración de criptoactivos o contar con peritos especializados. No se trata de que el jurista certifique su conocimiento, si no de que, de forma generalizada, se imponga este conocimiento, como ha ocurrido con la digitalización de las relaciones hacia la Administración.

90. Compatibilidad con las condiciones de uso y la privacidad. Muchos servicios digitales prohíben la transferencia de cuentas a terceros o exigen un procedimiento específico para el acceso tras la muerte. Esto entra en conflicto con la autonomía de los pactos sucesorios. Por ejemplo, el contrato de servicio de una plataforma de correo electrónico puede exigir la presentación de una orden judicial para permitir el acceso a la cuenta. Un pacto sucesorio que atribuya la cuenta a un heredero debe cumplir con estas condiciones. Es aconsejable que el otorgante incluya en el pacto una autorización explícita para que el heredero contacte con los proveedores, así como documentos de prueba (certificado de defunción, CSE, etc.).

91. La privacidad es otro factor. La divulgación de correos, fotos o documentos digitales puede vulnerar derechos de terceros o del mismo causante. Los pactos deben prever cómo manejar la información sensible: quién puede acceder, qué documentos deben eliminarse, y si se desea destruir ciertas cuentas. La designación de un heredero digital con instrucciones claras ayuda a prevenir la divulgación no deseada y se yergue como solución sencilla a todas estas cuestiones; pero lejos de quedar en una posibilidad, creo ha de entenderse como una norma. El causante ya no solo dispone de bienes, si no de bienes físicos y de bienes digitales, y ha de disponer conforme a ello.

92. Criptomonedas y descentralización: el desafío de la transmisión. Las criptomonedas plantean retos especiales porque se basan en tecnología descentralizada. No existe una autoridad central –de momento– a la que el heredero pueda solicitar acceso; la posesión de las claves privadas es suficiente para controlar los activos. Si el causante no deja las claves, los criptoactivos se pierden irremediablemente. Los pactos sucesorios –y realmente los procesos sucesorios también, por extensión– deben contemplar métodos seguros para transmitir las claves: pueden depositarse en una *escrow* notarial, dividirse en varias partes (método *shamir's secret sharing*) o almacenarse en una bóveda digital a la que el heredero accede mediante un certificado de defunción.

93. Además, la volatilidad y la regulación incierta de las criptomonedas implican riesgos fiscales. Algunos países gravan las plusvalías en el momento de la transmisión; otros consideran la tenencia de criptomonedas como un bien intangible sujeto a impuestos de sucesiones, a la par de que estas impositions se aplican al momento de la muerte, no al momento en que se pactaron. Los pactos sucesorios que incluyan criptoactivos deben prever cómo se calcularán las compensaciones y cómo se liquidarán los impuestos, lo que dificulta realmente concebir exactamente una expectativa real. Las autoridades europeas deberían ofrecer pautas para integrar los criptoactivos en la planificación sucesoria.

94. Inteligencia artificial y automatización de la herencia. Finalmente, la creciente utilización de inteligencia artificial (IA) en la gestión patrimonial abre nuevos escenarios. Ya existen plataformas que

permiten programar contratos inteligentes (*smart contracts*) para transmitir criptoactivos automáticamente a determinados beneficiarios tras la muerte del titular, verificada mediante un *oracle* que comprueba el certificado de defunción. Estos instrumentos pueden integrarse en pactos sucesorios como cláusulas de ejecución automática. La IA también puede asistir en la redacción de pactos, sugiriendo cláusulas adaptadas a la situación familiar y al marco normativo. No obstante, su uso debe supervisarse cuidadosamente para evitar sesgos y errores. La responsabilidad última debe recaer en el notario o abogado, que garantice la conformidad legal. La incorporación de IA puede reducir costes y facilitar el acceso a los pactos sucesorios, pero requiere una regulación y desarrollo que garantice la transparencia y la ética.

3. Reflexiones finales sobre el camino hacia una cultura del pacto sucesorio

95. Después de analizar la evolución histórica, la naturaleza, regulación, comparación, propuestas y casos relevantes de los pactos sucesorios, encuentro pertinente reflexionar sobre las transformaciones culturales necesarias para que esta figura se consolide en Europa y adquiera verdaderamente un sentido útil. La tradición sucesoria está profundamente arraigada en la cultura jurídica y social de cada país, y el cambio hacia modelos más contractuales implica superar resistencias.

96. La aceptación de los pactos sucesorios requiere un cambio de mentalidad. En sociedades donde la herencia se concibe como un derecho inalienable de los hijos, la idea de renunciar a la legítima puede generar rechazo. Es esencial que los operadores jurídicos expliquen que el pacto no implica privar a los herederos de sus derechos, sino anticipar la asignación de bienes, evitar disputas y asegurar que cada miembro reciba una compensación justa, protegiendo prioritariamente la voluntad del propietario, no la expectativa del heredero. Las campañas de sensibilización deberían subrayar que el pacto sucesorio es un acto de planificación responsable y de solidaridad familiar, aunque personalmente encuentro esta labor como utópica. Los profesionales del Derecho también deben adaptarse. Los abogados y notarios habituados al modelo testamentario deben ampliar sus competencias para asesorar sobre pactos, pues están inadvirtiendo un nicho profesional evidente. Las facultades de Derecho podrían incluir en sus programas asignaturas de Derecho de sucesiones comparado y práctica notarial europea, centrados hoy día en el derecho patrio y en un estudio tangencial a partir de la jurisprudencia más que desde la legislación que permea todo el Ordenamiento.

97. La difusión de los pactos sucesorios está vinculada en síntesis a la tan perjudicada educación financiera. Muchas personas no planifican su sucesión porque desconocen las implicaciones fiscales, jurídicas y familiares de la herencia. En la mayoría de los casos, se distribuye de una manera la sucesión porque se desconocen todas las opciones. La introducción de educación financiera en escuelas y universidades, y la oferta de asesoramiento gratuito en instituciones públicas, podría empoderar a los ciudadanos. Programas de planificación patrimonial, impartidos en colaboración con notarios y asociaciones de consumidores, podrían mostrar casos reales y simular la elaboración de pactos.

98. La Unión Europea desempeña un papel crucial como catalizador de reformas y armonización. Aunque la competencia en materia de Derecho civil sigue siendo predominantemente nacional, la UE puede impulsar la coordinación a través de reglamentos de Derecho internacional privado, directivas de protección de consumidores y recomendaciones sobre la digitalización. El éxito del RES demuestra la capacidad de la UE para crear marcos de cooperación, sean más o menos disfuncionales. Las conclusiones del presente estudio podrían alimentar futuras iniciativas legislativas o *soft law*, como la elaboración de Principios Europeos de Pactos Sucesorios, similares a los Principios de Derecho Contractual Europeo. Estos principios podrían servir de guía para los legisladores y los tribunales, y promover una convergencia voluntaria.

4. La mirada más allá de Europa

99. Aunque este artículo se centra en Europa, no podemos olvidar que el fenómeno de la planificación sucesoria es global. Países como Estados Unidos, Canadá o Australia tienen una larga tradición de *living trusts* y acuerdos sucesorios. Otros, como Japón o Brasil, están introduciendo reformas para flexibilizar la transmisión de empresas familiares. El diálogo comparado con sistemas no europeos puede enriquecer el debate y proporcionar soluciones innovadoras. Por ejemplo, la experiencia estadounidense con *trusts* revocables y contratos entre socios para la transmisión de empresas puede inspirar reformas en Europa. Del mismo modo, la regulación de los pactos en capitulaciones matrimoniales y sucesorios en América Latina ofrece lecciones sobre la interacción entre régimen matrimonial y sucesión.

100. El camino hacia una cultura del pacto sucesorio en Europa es complejo y multidimensional. Requiere reformas legislativas, coordinación administrativa, formación de profesionales, sensibilización de la sociedad y adaptación a las nuevas tecnologías. La recompensa es la creación de un sistema sucesorio más justo, eficiente y adaptado a la realidad transnacional del siglo XXI. La contribución aquí presentada aspira a ser un paso en ese camino, articulando una visión crítica y prospectiva basada en la investigación comparada y en la experiencia práctica.

VI. Conclusiones

101. La presente investigación ha mostrado que los pactos sucesorios representan una herramienta valiosa para la planificación patrimonial en Europa, pero su admisión y regulación varían considerablemente entre los ordenamientos. El Reglamento (UE) 650/2012 ha supuesto un avance al introducir normas de Derecho internacional privado que garantizan la validez y la eficacia transfronteriza de los pactos, aunque persisten importantes lagunas e incertidumbres relacionadas con el orden público, la calificación de figuras híbridas, la coordinación con sistemas extracomunitarios y el criterio utilizado a la hora de determinar la ley aplicable.

102. El estudio comparado revela que Alemania y los derechos forales españoles disponen de un marco amplio y maduro para los pactos sucesorios, mientras que Italia y Francia mantienen posturas restrictivas, aunque han introducido excepciones en los últimos años. El Reino Unido, por su parte, carece de regulación específica, pero se rige por la libertad testamentaria. Estas diferencias generan tensiones que el RES atenúa parcialmente, pero que podrían resolverse de manera más eficaz mediante la adopción de principios comunes, medidas preventivas y la mejora de la coordinación legislativa.

103. En particular, se considera necesario clarificar la elección de ley en los pactos sucesorios, limitar la invocación del orden público a supuestos excepcionales y establecer estándares mínimos para la forma, la renuncia a la legítima y la protección de personas vulnerables. Estas medidas fortalecerían la confianza de los ciudadanos en las herramientas de planificación sucesoria y promoverían la continuidad de empresas familiares y la cohesión social.

104. Finalmente, debe resaltarse que cualquier avance hacia un marco común europeo debe respetar la diversidad cultural y jurídica de los Estados miembros. La armonización puede apoyarse en principios no vinculantes –aunque abogo más por la aplicación de medidas realmente efectivas–, en la cooperación entre notariados y en el aprovechamiento de la digitalización para mejorar la interconexión de registros y la accesibilidad a la información. El futuro de los pactos sucesorios en Europa pasa por encontrar un equilibrio entre la libertad de testar y la protección de la familia, articulando un Derecho sucesorio adaptable, equitativo y coherente con las exigencias del nuevo milenio.

105. La figura del pacto sucesorio, tradicionalmente relegada o proscrita, se ha convertido en un instrumento central de la planificación sucesoria dada la movilidad internacional, la diversidad de modelos familiares y la globalización económica que han hecho patente la necesidad de herramientas

que ofrezcan seguridad jurídica y flexibilidad. El Reglamento (UE) 650/2012 ha contribuido significativamente al reconocimiento transfronterizo de pactos y al establecimiento de normas uniformes de conflicto de leyes, pero sus límites se hacen evidentes en la práctica pues la reserva de orden público, la calificación de las figuras híbridas y la exclusión de ciertos Estados generan incertidumbres que deben abordarse. Desde una perspectiva comparada, la situación europea sigue siendo heterogénea. Alemania y los derechos forales españoles ofrecen un modelo liberal basado en la autonomía de la voluntad y en la posibilidad de renunciar a la legítima mediante compensación. Italia y Francia avanzan con cautela, introduciendo excepciones puntuales, pero manteniendo reservas, mientras que el Reino Unido continúa confiando en la libertad testamentaria y en instrumentos fiduciarios para resolver conflictos. Esta diversidad refleja distintas concepciones de la familia, de la propiedad y de la solidaridad intergeneracional.

106. Mirando al futuro, es previsible que los pactos sucesorios sigan expandiéndose. La globalización continuará acentuando las sucesiones transfronterizas; la expectativa de vida alargada y la acumulación patrimonial en manos de una generación que envejece exigirán soluciones anticipadas. La digitalización permitirá otorgar pactos de manera remota y registrarlos electrónicamente, y la inteligencia artificial podría asistir en la redacción de cláusulas complejas. Sin embargo, el factor humano seguirá siendo decisivo porque los pactos requieren confianza, diálogo familiar y asesoramiento ético. La Unión Europea, mediante reformas sensatas y coordinación interinstitucional, tiene la oportunidad de liderar la construcción de un Derecho de sucesiones adaptado a los desafíos del siglo XXI.

Los límites del artículo 4 de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104 en los conflictos de jurisdicción relativos a los derechos del cónyuge viudo y la pareja supérstite

Limits of article 4 of Regulations (UE) 2016/1103 and 2016/1104 on conflicts of jurisdiction related to the rights of widow spouse and surviving partner

ANTONIO JESÚS CALZADO LLAMAS*

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional Privado
Universidad de Salamanca*

ORCID ID: 0000-0002-2888-2696

Recibido: 16.12.2025 / Aceptado: 30.01.2026

DOI: 10.20318/cdt.2026.10263

Resumen: Ante fragmentación de las normas de Derecho Internacional Privado de la Unión Europea, los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 suponen un ejemplo de la necesidad de interacción entre instrumentos conexos. Ambos contienen normas jurisdiccionales llamadas a coordinarse con otros instrumentos, como el Reglamento Bruselas II bis (ahora, ter) o el Reglamento Sucesorio Europeo. El presente trabajo se centra en esta última interrelación, que se encuentra contenida en el artículo 4 de ambos Reglamentos de 2016. Sin embargo, la reflexión sobre esta coordinación se hará desde los límites de ambos artículos, es decir, desde aquellas cuestiones que no quedan cubiertas por ambos preceptos. En especial, se analizarán cinco límites: a) la existencia, validez y reconocimiento del matrimonio y la unión registrada como cuestión previa a la legitimación para ser beneficiario de derechos patrimoniales; b) la exclusión de las uniones no registradas y su repercusión en los efectos patrimoniales; c) la competencia sobre los actos de planificación sucesoria que no quedan cubiertos por el Reglamento Sucesorio Europeo; d) el concepto de “órgano jurisdiccional” y su aplicación a los notarios y e) la concentración de la competencia judicial interna.

Palabras clave: Reglamento 2016/1103, Reglamento 2016/1104, Reglamento 650/2012, jurisdicción, cónyuge viudo.

Abstract: Given the fragmentation of EU rules on Private International Law, Regulations 2016/1103 and 2016/1104 constitute both an example of the need for interaction among connected norms. Both contain rules on jurisdiction aimed to coordinate with other instruments, like Brussels II bis Regulation (now ter) or European Succession Regulation. This paper focuses on the latter interaction as contemplated in art. 4 of both 2016 Regulations. Nevertheless, the proposed reasoning will be carried

* El cargo académico y vinculación universitaria tienen efectos desde el 2 de febrero de 2026. Sin embargo, la elaboración de este artículo se realizó en el marco de las Ayudas a la Formación del Profesorado Universitario convocadas en el año 2021 por el entonces denominado Ministerio de Universidades y que el autor venía percibiendo como investigador predoctoral (n.º de beneficiario: FPU21/04414) de la Universidad de Sevilla en su fase de Período de Orientación Postdoctoral, bajo la dirección de los Profesores Manuel Espejo Lerdo de Tejada (Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla) y Beatriz Campuzano Díaz (Profesora Titular acreditada a Catedrática de la Universidad de Sevilla). El autor desea agradecer a ambos profesores toda la dedicación, paciencia, consejo y orientación durante los años de formación predoctoral.

out from the limits of those articles, that is, from those aspects that are not covered by the interaction provided by them. Concretely, five limits are analysed: a) existence, validity and recognition of marriage and registered partnership as a preliminary question to the legitimation to benefit from patrimonial rights; b) the exclusion of non-registered partnerships and its repercussions on their patrimonial effects; c) jurisdiction on succession-planning acts not covered by the European Succession Regulation; d) the concept of “court” and its application to notaries and e) the concentration of internal jurisdiction.

Keywords: Regulation 2016/1103, Regulation 2016/1104, Regulation 650/2012, jurisdiction, widow spouse.

Sumario: I. Introducción. II. Los límites subjetivos del art. 4 RREM/REPUR. 1. La relación matrimonial o de pareja como cuestión previa. A) La existencia del matrimonio o de la unión registrada. B) La validez del matrimonio o de la unión registrada: la acción de nulidad interpuesta de forma incidental. C) El reconocimiento del matrimonio o la pareja registrada celebrados en el extranjero. 2. La exclusión de los efectos patrimoniales de las uniones de hecho no registradas. III. Los límites objetivos del art. 4 RREM/REPUR. 1. La validez de los testamentos orales. 2. Las transmisiones *mortis causa* realizadas al margen de la sucesión. IV. Los límites procesales del art. 4 RREM/REPUR. 1. La consideración de los notarios como tribunales a efectos de aplicar la regla de concentración de la competencia. A) Los requisitos para ser órgano jurisdiccional. B) La calificación como tribunales de los notarios españoles en materia sucesoria. C) Aplicación a expedientes notariales en materia de régimen económico-matrimonial o los efectos patrimoniales de la unión registrada. 2. La exclusión de la concentración judicial interna. V. Conclusiones.

I. Introducción

1. El art. 4 del Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (en adelante, RREM)¹ establece que: “*Cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro conozca de la sucesión de uno de los cónyuges en aplicación del Reglamento (UE) n.º 650/2012, los órganos jurisdiccionales de dicho Estado serán competentes para resolver sobre el régimen económico matrimonial en conexión con esa sucesión*”. Igualmente, el art. 4 del Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (en adelante, REPUR)², dispone en sentido similar que: “*Cuando se someta a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro la sucesión de un miembro de una unión registrada en aplicación del Reglamento (UE) n.º 650/2012, los órganos jurisdiccionales de dicho Estado serán competentes para resolver sobre los efectos patrimoniales de la unión registrada en conexión con esa sucesión*”.

2. Ambos preceptos, contemplan una concentración en la competencia judicial internacional para conocer tanto del régimen económico matrimonial o los efectos patrimoniales de las uniones registradas en favor de las autoridades competentes para conocer sobre la sucesión conforme al Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (en adelante, RSE)³; siempre que exista una conexión entre dichas materias⁴. Con ello,

¹ DOUE L 183, de 8 de julio de 2016, pp. 1-29.

² DOUE L 183, de 8 de julio de 2016, pp. 30-56.

³ DOUE L 201, de 27 de julio de 2012, pp. 107-134.

⁴ *Vid.*, sobre el sentido de esa “conexión”, P. PLEITEADO MARISCAL, “Competencia internacional por conexión en materia de régimen económico matrimonial y de efectos patrimoniales de uniones registradas. Relación entre los Reglamentos UE 2201/2003, 650/2012, 1103/2016 y 1104/2016”, CDT (Marzo 2017), Vol. 9, N.º 1, pp. 322-323.

se favorece la buena administración de justicia mediante la acumulación, en un mismo órgano jurisdiccional, de cuestiones conexas (Considerando 32 RREM/REPUR⁵). En este sentido, la interacción entre el régimen económico matrimonial o los efectos patrimoniales de las uniones registradas y la sucesión es evidente: desde un punto de vista objetivo, porque será necesario liquidar el patrimonio familiar en ambos casos para poder determinar el conjunto de bienes que compone la masa sucesoria⁶; y desde un punto de vista subjetivo, porque el cónyuge viudo o la pareja supérstite⁷ ostenta una doble legitimación como beneficiario de derechos procedentes tanto de la liquidación del régimen económico matrimonial o los efectos patrimoniales de las uniones registradas y como de la sucesión. En este sentido, evita el coste procesal y temporal de acudir a tribunales de un Estado con el que no tiene especial vinculación⁸.

3. La finalidad de esta contribución es partir del art. 4 de ambos Reglamentos con el propósito de estudiar ciertas situaciones límite de dudosa inclusión, al menos apriorística, dentro del ámbito de la coordinación. Para ello, tomaremos como punto de partida la existencia de un cónyuge viudo o pareja supérstite que tiene que enfrentarse a un proceso sobre su estatuto patrimonial.

4. El presente artículo se estructura siguiendo una exposición ordenada de los límites de aplicación merecedores en nuestra opinión de un cierto análisis. Se comenzará con una reflexión sobre el elemento subjetivo de la coordinación, atendiendo a la realidad de muchas formaciones familiares que pueden no encajar entre las previstas en los Reglamentos (matrimonios y uniones registradas). Se continuará dando cuenta de los límites objetivos, con un estudio de aquellos aspectos, no expresamente cubiertos por el art. 4 RREM/REPUR, tienen repercusiones sobre el estatuto patrimonial del supérstite. Por último, el presente trabajo se adentrará en la coordinación procesal, abordando dos cuestiones de relevancia: la posibilidad de aplicación de la regla de coordinación a los notarios y la necesidad de concentración de la competencia judicial interna.

5. Va de suyo que el estudio de los límites de la coordinación jurisdiccional entre el RREM/REPUR y el RSE parten de la necesaria aplicabilidad de ambos Reglamentos. En este sentido, este artículo se centra en aquellos Estados Miembros que forman parte del ámbito territorial de ambos Reglamentos, a saber: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Malta, los Países Bajos, Portugal, la República Checa y Suecia (Considerando 11 RREM/REPUR)⁹. Descartamos así a aquel conjunto de Estados Miembros parte en el RSE, pero que no se han acogido a la cooperación reforzada que dio lugar a los Reglamentos de 2016, que son: Eslovaquia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Polonia y Rumanía¹⁰. Por último, tenemos a aquellos Estados

⁵ *Aclaración del autor*: dado el carácter similar de las provisiones de ambos Reglamentos de 2016, que alcanza incluso a la numeración de los artículos, cuando no sea preciso establecer diferencias significativas entre ellos, se empleará la abreviatura conjunta “RREM/REPUR” para dar a entender que una cuestión o reflexión puede aplicarse indistintamente a ambos Reglamentos.

⁶ La autora P. JIMÉNEZ BLANCO, *Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos. Un estudio del Reglamento (UE) n.º 2016/1103*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 298-301, identifica dos momentos de interrelación entre el régimen económico matrimonial y la sucesión: la liquidación del régimen económico matrimonial como antesala de la formación del inventario del caudal relicto y la satisfacción de los créditos de los acreedores tanto en uno como en otro proceso. Sin embargo, no considera justificada la conexidad que pudiera plantearse entre el REM y la sucesión en los casos en que la competencia acumulada se justificara para evitar descompensaciones o sobrecompensaciones entre los derechos matrimoniales y sucesorios del cónyuge viudo.

⁷ *Aclaración del autor*: por “pareja supérstite”, debe entenderse a efectos del presente trabajo el miembro supérstite de una unión registrada.

⁸ *Vid.* R. GARETTO, “Article 4”, en L. RUGGERI / R. GARETTO, *European Family Property Relations Article by Article. Commentary on EU Regulations 1103 and 1104/2016*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, p. 78.

⁹ *Vid.* A. BONOMI, “Article 4”, en A. BONOMI / P. WAUTELET, *Le droit européen des relations patrimoniales de couple. Commentaire des Règlements (UE) n.º 2016/1103 et 2016/1104*, Bruylant, Bruxelles, 2021, p. 359.

¹⁰ Como indica R. GARETTO, “Article 4”, *op. cit.*, p. 81, serían considerados “terceros Estados” a efectos del RREM/REPUR. La desvinculación por parte de estos Estados Miembros de ambos Reglamentos probablemente obedece a una concepción tradicional de la familia, que no aceptaba, al momento de la adopción de ambos instrumentos, las relaciones entre personas del mismo sexo y/o alternativas al matrimonio, *vid.* M. SOTO MOYA, “Determinación de la autoridad competente en el Reglamento (UE) 2016/1104”, en A. RODRÍGUEZ BENOT / C. HORNERO MÉNDEZ (dirs.) *Régimen patrimonial de las uniones registradas: aspectos estatales y supraestatales (a propósito del Reglamento UE 2016/1104)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 229-231 y 232.

miembros que no participan en ninguno de los tres Reglamentos. Se trata de Dinamarca y de Irlanda, no incluidos en la lista de cooperación reforzada del Considerando 11 RREM/REPUR y que a su vez, de acuerdo con los Considerandos 82 y 83 del RSE, tampoco participan de este último Reglamento.

II. Los límites subjetivos del art. 4 RREM/REPUR

1. La relación matrimonial o de pareja como cuestión previa

6. Cuando se plantea un litigio en relación con el estatuto patrimonial del cónyuge viudo o pareja superviviente (ya sea en su vertiente familiar, en la sucesoria o en ambas), se presupone que existe un matrimonio o unión registrada válidos cuya vigencia se ha prolongado hasta el momento del fallecimiento de cualquiera de sus integrantes. Si falla este presupuesto, se origina una falta de legitimación por parte del excónyuge o expareja supervivientes para reclamar sus derechos patrimoniales y, llegado el caso, litigar en defensa de los mismos ante los tribunales de un Estado, accionando los foros de competencia del RREM/REPUR si el litigio es internacional.

7. Sin embargo, pese a la importancia que revisten las cuestiones previas sobre el estado civil del cónyuge o pareja supervivientes, su tratamiento queda expresamente excluido de los Reglamentos objeto de nuestro estudio. En materia sucesoria, por ejemplo, se observa que el art. 1.2.a) RSE descarta de su ámbito de aplicación “*el estado civil de las personas físicas, así como las relaciones familiares y las relaciones que, con arreglo a la ley aplicable a las mismas, tengan efectos comparables*”. Por su parte, si se atiende al ámbito de aplicación del RREM y del REPUR, se podrá comprobar que, en ambos, el art. 1.2.b) excluye, para cada uno de ellos, las cuestiones relativas a “*la existencia, validez y reconocimiento*” de los matrimonios y las uniones registradas, respectivamente. En ambos Reglamentos, además, el Considerando 21 establece que: “*El presente Reglamento no debe aplicarse a otras cuestiones preliminares, tales como la existencia, la validez o el reconocimiento del matrimonio [de la unión registrada, en el caso del REPUR], que siguen estando reguladas por el Derecho nacional de los Estados miembros, incluidas sus normas de Derecho internacional privado*”.

A) La existencia del matrimonio o de la unión registrada

8. De este modo, las autoridades sucesorias, competentes asimismo para conocer del régimen económico-matrimonial o de los efectos patrimoniales de las uniones registradas conforme al art. 4 RREM/REPUR no tendrían entre sus competencias la de determinar la existencia o inexistencia del matrimonio o la unión registrada. Técnicamente, cuando se llega al momento de liquidar el régimen económico o la sucesión, el matrimonio ya se encuentra disuelto por causa de la muerte. Sin embargo, la clave en estos litigios es determinar si esa disolución se habría producido antes de la muerte de cualquiera de los cónyuges o miembros de la pareja, porque ello sí podría comportar la pérdida de derechos sucesorios.

9. Lo usual en estas situaciones es que, si la disolución fue anterior a la muerte de cualquiera de los cónyuges o miembros de la unión registrada, exista alguna resolución judicial, acta notarial o certificación registral que permita corroborar la finalización del matrimonio o la unión registrada. En estos casos, el problema es darles eficacia jurídica fuera del Estado donde se dictaron u otorgaron.

10. En tales casos se tratará, en definitiva, de que las autoridades que conocen de la liquidación del régimen económico con carácter accesorio a la sucesión (art. 4 del RREM/REPUR) acumulen en el mismo procedimiento el reconocimiento de la disolución del matrimonio o a la unión registrada.

11. En lo concerniente a las crisis matrimoniales dentro de la UE, la posibilidad de reconocimiento de las resoluciones sobre divorcio, separación y nulidad matrimoniales estaría garantizada

gracias al Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida)¹¹ [en adelante, RBII *ter*]. Concretamente, y dado que el problema de la existencia del matrimonio se plantearía como cuestión previa en un proceso sobre la liquidación y atribución de los bienes hereditarios, resultaría idóneo acudir al mecanismo de reconocimiento incidental previsto en el art. 30.5 RBII *ter*. Dicho precepto establece que: “*Cuando el reconocimiento de una resolución se plantee de forma incidental ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, dicho órgano jurisdiccional podrá pronunciarse al respecto*”. Con base en este artículo, el Estado Miembro competente para la sucesión podría pronunciarse sobre la existencia o validez del matrimonio, haciendo suyos los pronunciamientos de la sentencia y actuando en consecuencia para determinar la legitimación del cónyuge viudo en el proceso sucesorio.

12. Sin embargo, cabe advertir que dicho Reglamento no comprende en su ámbito de aplicación aquellas resoluciones sobre crisis matrimoniales que procedan de un tercer Estado (incluyendo, a los efectos de este Reglamento, a Dinamarca). Tampoco sirve para promover el reconocimiento de la disolución de las uniones registradas, que, además, normalmente no se disuelven por vía judicial, sino en base a una declaración de voluntad en tal sentido ante el registro de la unión registrada, con lo cual tampoco se tiene como tal una resolución. Para estos casos, la jurisdicción competente para decidir sobre la legitimación del cónyuge viudo o pareja superviviente por razón de la existencia o del matrimonio habría de buscarse en otros instrumentos jurídicos internacionales y, en su defecto, en la normativa interna.

B) La validez del matrimonio o de la unión registrada: la acción de nulidad interpuesta de forma incidental

13. Partimos ahora de un nuevo escenario, en el que se inicia un proceso sucesorio acumulando la competencia para las cuestiones conexas de régimen económico matrimonial o efectos patrimoniales de las uniones registradas con arreglo al art. 4 RREM/REPUR. Supongamos que, durante la pendency de este litigio principal y de su pretensión accesoria, uno de los herederos cuestiona la legitimación sucesoria del cónyuge o pareja supervivientes porque entiende que el matrimonio o la pareja no fueron válidos. Ello obligaría al órgano jurisdiccional a pronunciarse con carácter incidental sobre esta cuestión.

14. La cuestión clave aquí será comprobar si las autoridades competentes para la sucesión y la liquidación lo son asimismo para conocer de la nulidad del matrimonio o de la pareja. Si lo son, el proceso puede continuar bajo la jurisdicción de un mismo Estado Miembro. De lo contrario, surgiría un litigio paralelo sobre dicha nulidad que debería suspender la tramitación del proceso sucesorio hasta que se llegue a una conclusión sobre la validez del matrimonio o la unión registrada.

15. Para el caso de una acción planteada incidentalmente sobre la validez del matrimonio, promovida tras la muerte de uno de sus cónyuges, debe apreciarse que aquélla no viene promovida por el cónyuge fallecido. La legitimación activa la ostenta otra persona que interesa esa invalidez del matrimonio por la repercusión que ello tiene para la sucesión. En estos casos, tal y como ha indicado la STJUE 13 de octubre 2016, C-294/15, *Mikołajczyk*¹², puede aplicarse el art. Reglamento (UE) 2201/2003 (actualmente, el RBII *ter*) a dicha acción de nulidad, ya que el Reglamento no hace distinción ni sobre el momento ni sobre el sujeto que plantea dicha acción de nulidad (apdo. 27). Además, el TJUE consideró plausible que una persona pudiera interesar la nulidad del matrimonio incluso después del fallecimiento de uno de los cónyuges (apdo. 35)¹³.

¹¹ DOUE L 178 de 02 julio 2019, pp. 1-115.

¹² ECLI:EU:C:2016:772.

¹³ En el asunto de origen que dio lugar a la Sentencia del TJUE, la acción venía promovida por la heredera testamentaria de la primera esposa del causante, y se planteaba la nulidad del segundo matrimonio del causante por impedimento de bigamia, ya que, al momento de contraerlo, todavía estaba vigente el primer matrimonio (apdos. 11-12 de la Sentencia).

16. Ello nos lleva a concluir que actualmente las acciones de nulidad en estos términos quedarían incluidas en el RBII *ter*, y podrían emplearse los foros recogidos en su art. 3. Ahora bien, el TJUE también ha matizado que no todos estos foros son utilizables por un demandante no cónyuge que acciona la nulidad en el marco de un proceso sucesorio. En el asunto *Mikołajczyk*, precisamente, también quedó establecido que en estos casos los foros relativos a la residencia habitual del demandante no podrían ser utilizados¹⁴, pues el concepto de “demandante”, atendiendo a los objetivos del Reglamento, no incluye a personas distintas de los cónyuges. Entendemos también descartable el foro de la residencia habitual de ambos cónyuges porque es impropio afirmar que una persona fallecida resida en algún lugar, ya que pierde todo centro de “vida” e intereses. Igualmente, descartamos el foro de la demanda conjunta de ambos cónyuges porque, tras la muerte de uno de ellos, no puede darse esta circunstancia.

17. Por lo tanto, los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de la sucesión (y accesoriamente, de la liquidación del régimen económico matrimonial), podrán conocer asimismo de la cuestión incidental de nulidad del matrimonio siempre y cuando puedan basar su competencia en el resto de los foros del RBII *ter*. Es decir, en aquéllos basados en la última residencia habitual de los cónyuges siempre que uno de ellos aún resida allí, en la residencia habitual del demandado o en la nacionalidad de ambos cónyuges (arts. 3.a, subapartados ii) y iii) y art. 3.b RBII *ter*).

18. ¿Es viable que coincidan estos foros con los relativos a la sucesión? Si tenemos en cuenta que la regla general de competencia en el art. 4 RSE es el Estado Miembro residencia habitual del causante al momento de fallecimiento, bastaría con que el cónyuge viudo hubiera mantenido su residencia habitual en dicho Estado Miembro para concentrar la competencia judicial internacional. En los supuestos en que la competencia judicial internacional para conocer de la sucesión haya sido sometida por acuerdo de las partes al foro de la nacionalidad del causante al momento del fallecimiento (arts. 5 y 6 RSE), también se podría acumular la acción de nulidad incidental si el cónyuge viudo compartía la misma nacionalidad con el causante.

19. Pero si al momento de plantearse la acción el cónyuge viudo no reside en el Estado donde lo hacía el causante, o no compartía su nacionalidad, podría producirse una fragmentación del litigio, de tal modo que el proceso de nulidad sobrevenido se accionara en un Estado Miembro distinto a aquél donde se sustancie la sucesión *mortis causa* junto con la liquidación del régimen económico matrimonial. El problema en estos casos es que las autoridades competentes para conocer de la sucesión y la liquidación deben esperar al resultado del proceso incidental sobre la nulidad para poder resolver apropiadamente sobre los derechos sucesorios.

20. Como el proceso de nulidad en estos casos se plantea de forma incidental a un proceso sobre liquidación del régimen económico y de sucesión, hubiera sido recomendable prever una solución de coordinación incidental como la que el art. 16 RBII *ter* prevé para cuestiones incidentales en materia de responsabilidad parental que surgen, por ejemplo, con ocasión de una sucesión (Considerando 32 RBII *ter*)¹⁵. Habida cuenta de que el TJUE tuvo que enfrentarse posteriormente a una cuestión incidental de nulidad conexa a un proceso sucesorio, el legislador europeo debería haber planteado la posibilidad de enunciar una regla genérica de competencia incidental, que pudiera extender sus efectos a la nulidad

¹⁴ El art. 3 RBII *ter*., al igual que hiciera su antecesor, permite demandar por nulidad, separación legal o divorcio al demandante en el Estado Miembro de su residencia habitual si ha residido allí durante al menos un año desde el momento de interposición de la demanda (apartado 3.a.v RBII *ter*.) o durante los seis meses anteriores, si es nacional de dicho Estado Miembro (apartado 3.a.vi RBII *ter*.).

¹⁵ Esta regla de competencia incidental (y su considerando de interpretación) traen clara inspiración de la STJUE 6 octubre 2015, C-404/14, *Matoušková* (ECLI:EU:C:2015:653), que declaró que “la aprobación de un acuerdo de reparto sucesorio concluido por el tutor de menores por cuenta de éstos constituye una medida relativa al ejercicio de la responsabilidad parental” y no quedaba por tanto excluida por el art. 1.3.f) RBII bis. A tal efecto, el legislador europeo, consciente del carácter incidental que ello tenía en la sucesión, habilitó en el art. 15 RBII *ter*, la posibilidad de que las autoridades no competentes conforme al Reglamento se pudieran pronunciar incidentalmente sobre esta cuestión, limitando los efectos del pronunciamiento sólo al litigio principal.

matrimonial. Lo mismo cabe decir de las reglas de remisión y transferencia de la competencia de los arts. 12 y 13 RBII *ter*, que también se encuentran limitadas a los litigios de responsabilidad parental.

21. A falta de tales soluciones, lo ideal en estos casos sería suspender el procedimiento en el Estado Miembro que conoce de la sucesión y liquidación, a la espera de que se dicte un pronunciamiento sobre la nulidad que pueda ser reconocido en dicho el Estado Miembro. Para ello, en materia sucesoria, podría aprovecharse la regla de conexidad del art. 18 RSE¹⁶. La conexidad podría justificarse en el riesgo de contradicción entre una solución que declarase en un Estado Miembro la nulidad del matrimonio, comportando ausencia de derechos sucesorios, con otra resolución que concediese al potencial cónyuge putativo atribuciones hereditarias como si el vínculo matrimonial no estuviese aquejado de nulidad.

22. En relación con los posibles incidentes de nulidad de la unión registrada, las conclusiones son muy similares a las aquí expresadas para los matrimonios. Sin embargo, dado que las normas de competencia judicial internacional no son aplicables, las posibles soluciones de coordinación dependerán de las normas jurisdiccionales de cada Estado Miembro.

C) El reconocimiento del matrimonio o la pareja registrada celebrados en el extranjero

23. Finalmente, puede suceder que el problema no sea la inexistencia o invalidez del matrimonio o la unión registrada, sino su reconocimiento como institución válidamente constituida al amparo de un ordenamiento extranjero. Las diferencias en este punto estriban en torno al concepto de matrimonio o de unión registrada y a los requisitos para su válida constitución.

24. La dificultad en este punto comienza desde la inexistencia de un concepto autónomo de matrimonio ya que el propio RREM no aporta una definición expresa. Sin embargo, para el caso de las uniones registradas, el art. 3.1.a) REPUR sí ofrece una definición, que citamos: “*régimen de vida en común de dos personas regulado por ley, cuyo registro es obligatorio conforme a dicha ley y que cumple las formalidades jurídicas exigidas por dicha ley para su creación*”. En cualquier caso, tanto el RREM —por defecto¹⁷— como el REPUR —por expresa remisión¹⁸— condicionan la definición de ambos conceptos al Derecho interno de cada Estado Miembro.

25. Dicha dificultad se intensifica cuando, al remitirnos a las legislaciones nacionales europeas, observamos que los Estados Miembros que aplican los Reglamentos que aquí nos ocupan no plantean una concepción unívoca del matrimonio. Por ejemplo, es cierto que la mayoría de ellos admite la posibilidad de contraerlo entre personas del mismo sexo¹⁹. Sin embargo, varios Estados que forman parte

¹⁶ Dicho artículo dispone lo que a continuación se cita: “1. Cuando demandas conexas estén pendientes ante tribunales de Estados miembros distintos, el tribunal ante el que se haya presentado la demanda posterior podrá suspender el procedimiento. 2. Cuando tales demandas conexas estén pendientes en primera instancia, cualquier tribunal ante el que se haya presentado la demanda posterior podrá abstenerse de igual modo, a instancia de una de las partes, a condición de que el tribunal ante el que se haya presentado la primera demanda sea competente para conocer de las demandas de que se trate y de que su ley permita su acumulación. 3. Se considerarán conexas, a los efectos del presente artículo, las demandas vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo, a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueran juzgados separadamente”.

¹⁷ Según el Considerando 17 R. 2016/1103: “El presente Reglamento no define el concepto de «matrimonio», que es definido por el Derecho nacional de los Estados miembros”.

¹⁸ De acuerdo con lo indicado en el Considerando 17 R. 2016/1104: “El presente Reglamento debe regular las cuestiones derivadas de los efectos patrimoniales de las uniones registradas. El concepto de «unión registrada» debe definirse únicamente a efectos del presente Reglamento. El contenido real de este concepto debe seguir regulándose en el Derecho nacional de los Estados miembros. Ninguna de las disposiciones del presente Reglamento deberá obligar a los Estados miembros cuyo ordenamiento jurídico no contemple la institución de la unión registrada a establecer dicha institución en su Derecho nacional”.

¹⁹ Los Estados Miembros de la UE que más recientemente han legalizado el matrimonio entre personas del mismo sexo han sido Grecia y Estonia, *vid.*, en la prensa, “Grecia aprueba el matrimonio homosexual y la adopción por parte de parejas del mismo sexo” (2024, 16 de febrero), *efe.com*, disponible en: <https://efe.com/mundo/2024-02-16/grecia-aprueba-el-matrimonio-homosexual->

de la cooperación reforzada en el RREM sólo permiten el matrimonio homosexual: Bulgaria, Croacia, Chipre, Hungría, Italia y la República Checa.

26. También existen, a nivel nacional, divergencias sobre el reconocimiento de la unión registrada entre los Estados Miembros que aplican el REPUR. Así, existen Estados Miembros que las regulan como alternativa al matrimonio tanto entre personas del mismo como de distinto sexo (Austria, Bélgica, España, Estonia, Francia, Grecia, Luxemburgo, Malta y Portugal). También estarían aquellos que ofrecen el cauce jurídico de la creación de una unión registrada como salvaguarda a la prohibición de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo (Chipre²⁰, Croacia, Italia y la República Checa²¹). Otros han dejado de admitir la constitución de este tipo de uniones desde el momento en el que se ha abierto el matrimonio a las personas del mismo sexo (Alemania, Finlandia, Irlanda y Suecia). Finalmente, existen Estados que no regulan expresamente las uniones registradas y al mismo tiempo vedan el matrimonio homosexual (Bulgaria)²².

27. Estas diferencias comportan problemas a la hora de permitir la libre circulación de los ciudadanos en el territorio de la UE, y en lo que nos concierne, para poder hacer valer en ellos los derechos sobre el patrimonio familiar y sucesorio. Centrándonos en el fenómeno de los matrimonios homosexuales, un cónyuge viudo que hubiera estado casado con una persona de su mismo sexo encontrara problemas para justificar su legitimación para reclamar derechos en la liquidación del régimen económico-matrimonial o de la sucesión.

28. Cabe decir, no obstante, que la jurisprudencia del TJUE está desarrollando una línea jurisprudencial que va permitiendo a los cónyuges homosexuales gozar de derechos y libertades europeos en virtud del principio de libre circulación consagrado en el art. 21 TFUE. Archiconocida es la STJUE 5 junio 2018, C-673/16, *Coman*²³, cuyo fallo confirmó que el derecho de residencia por más de tres meses recogido en el art. 7 de la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004²⁴ podía extenderse al cónyuge del mismo sexo procedente de un tercer Estado, casado con un ciudadano de la UE en un Estado Miembro. Con carácter más reciente, además, contamos con la STJUE 25 noviembre 2025, C-713/23, *Cupriak-Trojan y Trojan c. Mazowiecki*²⁵, donde se ha declarado que es contraria al art. 21 TFUE la negativa a reconocer e inscribir registralmente un matrimonio entre personas del mismo sexo contraído válidamente

y-la-adopcion-por-parte-de-parejas-del-mismo-sexo-2/ (Consultado el 9 de julio de 2025); “Estonia se convierte en el primer país de Europa del Este en legalizar el matrimonio homosexual” (2023, 20 de junio), *rtve.es*, disponible en: <https://www.rtve.es/noticias/20230620/estonia-matrimonio-homosexual/2450029.shtml> (Consultado el 9 de julio de 2025).

²⁰ Si bien Chipre también permite las uniones entre personas de distinto sexo, *vid.* A. C. EMILIANIDES, “Cyprus”, en W. PINTENS (ed.), *International Encyclopaedia of Laws: Family and Succession Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, NL, 2024, p. 103.

²¹ Con carácter reciente, se ha aprobado en la República Checa una ley que extiende los derechos dimanantes de la constitución de una unión registrada, *vid.*, en prensa, “Partnership Rights For Same-Sex Couples To Be Expanded From 2025” (2024, 29 de abril), *Brno Daily*, disponible en: <https://brnodaily.com/2024/04/29/news/partnership-rights-for-same-sex-couples-to-be-expanded-from-2025/> (Consultado el 10 julio 2025).

²² Para una visión general sobre los tipos de uniones familiares reconocidas en los Estados Miembros de la UE, pueden consultarse los informes ofrecidos en L. RUGGERI / I. KUNDA / S. WINKLER (eds.), *Family Property and Succession in EU Member States National Reports on the Collected Data*, University of Rijeka, Faculty of Law, 2019 (actualizados a 2019), en especial, la respuesta a la pregunta 2.1.5.2. Igualmente, *vid.*, NOTARIES IN EUROPE, “Parejas en Europa. El Derecho de las parejas en los 27 países de la Unión Europea”, disponible en: <http://149.5.20.84/es/home> y, sólo para 22 países, en <https://www.coupleseurope.eu/es/> (Consultados el 9 de julio de 2025), en especial, la respuesta a la pregunta 8; y, en especial para las uniones registradas en 13 Estados Miembros de la UE, DIRECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA Y CONSUMIDORES, “Portal europeo de E-Justicia: Efectos patrimoniales de las uniones registradas”, disponible en: https://e-justice.europa.eu/topics/family-matters-inheritance/property-marriage-civil-partnerships/property-consequences-registered-partnerships_es (Consultado el 9 de julio de 2025).

²³ ECLI:EU:C:2018:385, ampliamente conocida y comentada en la doctrina.

²⁴ DOUE de 30 abril 2004, pp. 77-123.

²⁵ ECLI:EU:C:2025:917. Para un comentario reciente sobre esta sentencia, también reciente, *vid.* A. DURÁN AYAGO, “Libre circulación de matrimonios entre personas del mismo sexo en la Unión Europea. A propósito de la STJUE 25 noviembre 2025, asunto C-713/23, *Cupriak-Trojan y Trojan*”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, n.º 1, enero de 2026. pp. 1-23; y bibliografía sobre la sentencia citada en dicho trabajo

en un Estado Miembro por el mero hecho de que el Estado de registro no autoriza los matrimonios homosexuales.

29. Estas sentencias aportan una respuesta limitada al ámbito del Derecho en el que se circunscriben (libertad de residencia o inscripción registral), y a la relación jurídica a la que hacen referencia. Sin embargo, no tienen por qué comportar, aunque fuera lo deseable, una extensión de los derechos sucesorios a los viudos/as de matrimonios contraídos entre personas del mismo sexo. Faltaría un pronunciamiento del TJUE específico en tal sentido, sobre la aplicabilidad del RREM y del RSE en caso de que la autoridad competente para conocer de la liquidación o de la sucesión fuera la de un Estado que no permite las uniones maritales homosexuales.

30. Merece resaltar que hay Estados Miembros cuyo Derecho internacional privado de origen estatal, pese a no contemplar el matrimonio entre personas del mismo sexo, sí permiten salvaguardar su reconocimiento en calidad uniones registradas dentro de su propia jurisdicción, como sucede en Italia²⁶ y en Croacia²⁷. Esto permitiría, a efectos jurisdiccionales, poder invocar las reglas de concentración de competencia judicial internacional con la sucesión, con el matiz de que esa concentración se haría desde la consideración de unión registrada conforme al art. 4 REPUR. Del mismo modo, a efectos sustantivos, en la medida en que ambos Estados extiendan los efectos patrimoniales del matrimonio heterosexual a las uniones de hecho homosexuales, se garantizaría el derecho a un estatuto patrimonial tras la disolución *mortis causa* del matrimonio convertido en unión registrada.

31. Por lo que concierne a los Estados Miembros que han dejado de permitir la constitución de uniones registradas tras la aprobación del matrimonio homosexual, es loable que en ellos la legislación en materia de uniones registradas se haya mantenido para garantizar el reconocimiento de las válidamente constituidas en el extranjero. De este modo, los ciudadanos de la UE procedentes de un país que sólo admite las parejas registradas como única forma de unión homosexual pueden extender sus efectos en Estados que ya no las admiten. Así ocurre en Alemania, donde la § 1(2) de la Ley de parejas de hecho (*Lebenspartnersgesetz*)²⁸ establece que, desde el 30 de septiembre de 2017, la normativa sobre parejas de hecho se aplica a aquellas parejas constituidas en el extranjero en la medida en que se queden sometidas al Derecho alemán. Igualmente, en Finlandia, se han derogado las disposiciones que permitían constituir una unión registrada dentro del Estado, pero se han mantenido las disposiciones de Derecho internacional privado que permiten reconocer las uniones válidamente constituidas en el extranjero, como así declara la §12 de la Ley de Uniones de Hecho (*Laki rekisteröidystä parisuhteesta*)²⁹. Sin embargo, en Irlanda, desde que el *Marriage Act 2015* permitió el matrimonio homosexual, ni siquiera las disposiciones sobre reconocimiento de uniones registradas constituidas en el extranjero mantienen su vigencia (s. 5 & 5A *Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act 2010*)³⁰.

²⁶ De acuerdo con el art. 32 bis de la *legge 31 maggio 1995, n. 218*: “*Il matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani con persona dello stesso sesso produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana*”. Sobre este precepto, la *Corte di Cassazione* ha declarado se aplica a los matrimonios homosexuales celebrados en el extranjero tanto entre ciudadanos italianos como entre un italiano y un extranjero. Sin embargo, no se aplica a los matrimonios celebrados en el extranjero entre ciudadanos extranjeros: éstos deben reconocerse e inscribirse en Italia como un matrimonio, *vid. Cass. Civ., sez. I*, 14 maggio 2018, n. 11696, disponible en: <https://www.rivistafamiglia.it/wp-content/uploads/2018/06/Cass.-14.05.2018-n.-11696.pdf>; y nota de V. MIRI, “Matrimonio same-sex celebrato all'estero e “downgrading” in unione civile: una prima lettura di Cass. 14 maggio 2018, n. 11696”, disponible en: <https://www.diritticomparati.it/matrimonio-sex-celebrato-allestero-e-downgrading-unione-civile-una-prima-lettura-di-cass-14-maggio-2018-n-11696/> (Consultado el 9 de julio de 2025).

²⁷ *Id.* T. HOŠKO, “Recognition of a status acquired abroad: Croatia”, *CDT* (Marzo 2022), Vol. 14, N.º 1, p. 1208.

²⁸ Disponible en inglés a través del siguiente enlace: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_lpartg/englisch_lpartg.html#p0017 (Consultado el 15 de diciembre de 2025).

²⁹ La versión traducida al inglés, pero no actualizada, se puede consultar en el siguiente enlace: <https://www.finlex.fi/api/media/statute-foreign-language-translation/688561/mainPdf/main.pdf?timestamp=2001-11-08T22%3A00%3A00.000Z> (Consultada el 15 de diciembre de 2025).

³⁰ Disponible en: <https://revisedacts.lawreform.ie/eli/2010/act/24/revised/en/html> (consultado el 06 marzo 2026).

2. La exclusión de los efectos patrimoniales de las uniones de hecho no registradas

32. Otro límite subjetivo a la coordinación consagrada parte del concepto de unión registrada del art. 3.1.a) REPUR. En especial, este precepto establece como requisito que el registro sea obligatorio conforme a la ley del Estado Miembro. La afirmación es tajante, de modo que no entran dentro del ámbito de aplicación de este Reglamento los posibles efectos patrimoniales de aquellas uniones no registradas³¹.

33. La exclusión de las uniones no registradas redundará en la calificación de las relaciones patrimoniales entre los cohabitantes. En el REPUR, a través de la categoría de efectos patrimoniales de las uniones registradas, definida en el art. 3.1.b, se subsumían tanto los derechos sobre bienes muebles, como inmuebles, como las deudas de los miembros de la unión registrada entre sí y con terceros. Sin embargo, los efectos patrimoniales de la cohabitación han de escindirse según el aspecto real u obli-gacional concreto, lo cual tiene consecuencias a la hora de concretar los foros de competencia judicial internacional y los puntos de conexión de la ley aplicable.

34. Una primera salvedad a esta potencial dispersión se podría producir entendiendo que los tres tipos de efectos corresponden a materias civiles, para lo cual, podría entenderse aplicable el Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil³² (en adelante, RBI *bis*).

35. Ahora bien, la inclusión de los efectos patrimoniales de las uniones registradas puede resultar controvertida debido a la exclusión establecida en el art. 1.2.a) RBI *bis*, ya que dicho precepto no permite aplicar el Reglamento a cuestiones que versen sobre “*el estado y la capacidad de las personas físicas, los regímenes patrimoniales o los que regulen relaciones con efectos comparables al matrimonio según la ley aplicable*”.

36. Cabe destacar que, sobre esta problemática, se planteó una cuestión prejudicial en la STJUE 6 junio 2019, asunto C-361/18, *Ágnes Weil y Géza Gulácsi*³³, sólo que la Sentencia se pronunció interpretando el R. 44/2001. El caso de origen partía de la disolución de los efectos patrimoniales de una pareja no registrada formalizada con arreglo al Derecho húngaro. En la resolución que puso fin a la convivencia, se establecía una condena al Sr. Gulácsi a pagar a la Sra. Weil una determinada cantidad de dinero con ocasión de la disolución. Como el Sr. Gulácsi no tenía bienes en Hungría, pero sí en el Reino Unido, la Sra. Weil solicitó al *Szekszárdi Járásbíróság* la emisión del certificado del art. 53 R. 44/2001 para llevar a ejecución la sentencia en el Reino Unido (que era en aquel entonces Estado Miembro de la UE).

37. El tribunal remitente emitió dos cuestiones prejudiciales al TJUE, de las cuales, nos interesa la segunda: “*¿debe interpretarse el artículo 1, apartado 2, letra a), del Reglamento [...] n.º 1215/2012 en el sentido de que una acción de reintegro entre los miembros de una pareja de hecho no registrada está comprendida en un régimen que regula relaciones con efectos (jurídicos) comparables al matrimonio?*”. El TJUE sin embargo resolvió en aplicación del R. 44/2001, porque era el vigente al momento de presentación de la demanda (23 de abril de 2009, apdo. 25 de la STJUE). Indicó al respecto que “*el concepto de «regímenes matrimoniales» [incluido en el art. 1.2.a) R. 44/2001] se refiere a las relaciones patrimoniales que resultan directamente del vínculo conyugal o de su disolución*”. Por lo que los efectos patrimoniales de las uniones no registradas, que no son un vínculo conyugal, no quedarían incluidos dentro de este ámbito (apdos. 41 y 42 de la STJUE). Además, para dar sentido a esa interpretación literal y restrictiva,

³¹ Vid. F. DOUGAN, “De Facto Unions in Private International Law”, *Ljubljana Law Review*, Vol. LXXXIII, 2023, p. 175; M. SOTO MOYA, “El Reglamento (UE) 2016/1104 sobre régimen patrimonial de las parejas registradas: algunas cuestiones controvertidas de su puesta en funcionamiento en el sistema español de Derecho internacional privado”, *REEL*, n.º 35, 2018, p. 10.

³² DOUE L 351, de 20 de diciembre de 2012, pp. 1-32.

³³ ECLI:EU:C:2019:473.

se apoyó en la redacción posterior del art. 1.2.a) RBI *bis*, que ya sí, excluiría no solamente los regímenes económicos matrimoniales, sino también aquellos regímenes con efectos comparables al matrimonio.

38. De ese modo, el TJUE concluyó que, al amparo del R. 44/2001, los efectos patrimoniales de las uniones registradas sí quedaban comprendidos en su ámbito de aplicación. Sin embargo, bajo la redacción actual, al contrario que ocurre con el régimen económico matrimonial y los efectos patrimoniales de las uniones registradas, ambos objeto expreso de un Reglamento, no queda del todo claro hasta qué punto podrían entenderse incluidos los efectos de la cohabitación sin matrimonio ni registro³⁴. La inclusión del estatuto patrimonial en el R. 44/2001 respondió a que se planteaba una exclusión de mayor amplitud en el RBI *bis*. Con ello, implícitamente se podría entender que el TJUE pensaba en una exclusión de las cuestiones patrimoniales de la convivencia no registrada en este último Reglamento.

39. Sin embargo, la redacción del art. 1.2.a) RBI *bis* habla de “efectos comparables al matrimonio”, sin dejar claro, ni el propio Reglamento ni el TJUE, qué debe compararse y en qué grado debe darse la posible similitud con el matrimonio³⁵. Los grados de similitud en los efectos patrimoniales del matrimonio y la unión no registrada van desde la absoluta equiparación (Croacia y Eslovenia)³⁶ hasta la falta de equiparación (en la mayoría de las Comunidades Autónomas de España o en Francia), pasando por ciertos países que reconocen ciertos efectos. Cualquiera de las tres formas de regular los efectos patrimoniales de la convivencia de hecho resulta problemática, pues conlleva que algunas queden incluidas dentro del ámbito de aplicación del RBI *bis*, mientras que las que asimilan los efectos al matrimonio quedarían excluidas del RBI *bis*³⁷, al mismo tiempo que del RREM; y en cuanto a las que prevén ciertos efectos, podrían existir discrepancias interpretativas sobre si verdaderamente cuanto regulan es comparable a los efectos del matrimonio.

40. A falta de un pronunciamiento interpretativo del TJUE, se pueden plantear dos hipótesis sobre la aplicación de esta exclusión al caso concreto. Una de ellas, la menos conflictiva, es que se entienda que la unión de hecho, tal y como la regule el ordenamiento en cuestión, no se considere comparable al matrimonio; y en ese caso, se podrían aplicar las normas de competencia judicial internacional del RBI *bis*. La otra hipótesis es justo la contraria, esto es, que la exclusión del art. 1.2.a) RBI *bis* haga imposible determinar la jurisdicción competente para conocer de los efectos patrimoniales de una cohabitación no registrada conforme a dicho Reglamento. En este último caso, a falta de otro instrumento internacional aplicable, habría que acudir a las normas que atribuyen jurisdicción a cada Estado Miembro para conocer de las uniones no registradas o, en su defecto, a las que regulan con carácter general la competencia en materia civil y mercantil, distinguiendo según el efecto patrimonial objeto del litigio esté más vinculado a los derechos reales o al Derecho de obligaciones.

³⁴ Son favorables a la aplicación del RBI *bis* a los efectos patrimoniales de la unión no registrada, por ejemplo, E. GALLANT, «Consécration de la catégorie «partenariats de fait» au sein de la matière civile et commerciale », *RCDIP*, 2020/2, n.º 2, p. 294. B. HESS, “Article 1”, en M. REQUEJO ISIDRO, *Brussels I bis. A commentary on Regulation (EU) No. 1215/2012*, Edward Edgar Publishing, Cheltenham (UK) / Northampton (MA, USA), 2022, p. 29. Sin embargo, son contrarios a dicha aplicación los autores A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado Crítico de Derecho Internacional Privado. Volumen V. Derecho de los Negocios Internacionales I*, Edisofer, S. L., Madrid, 2024, p. 77.

³⁵ Sobre la interpretación de la expresión “efectos comparables al matrimonio” en el RBI *bis*, *vid.* D. MARÍN CONSARNAU, “Ámbito de aplicación *ratione temporis* y *ratione materiae* del Reglamento (CE) 44/2001 vs. Reglamento (UE) 1215/2012: resolución judicial relativa a un crédito resultante de la disolución del régimen patrimonial derivado de una relación de pareja de hecho no registrada: Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de junio de 2019, C-361/18: Weil”, *La Ley Unión Europea* n.º 77, enero 2020, pp. 11-12 (versión en PDF).

³⁶ De acuerdo con A. DUTTA, “Beyond Husband and Wife – New Couple Regimes and the European Property Regulations”, *YPIL*, Vol. 19 (2017/2018), p. 156, estas uniones, excepcionalmente, deberían quedar sometidas al R. 2016/1103. Debe advertirse, sin embargo, que Eslovenia no aplica el R. 2016/1103, por lo que si el problema de los efectos patrimoniales de la unión no registrada se produce dentro de su jurisdicción, se habrá de acudir a otras normas de Derecho Internacional Privado.

³⁷ *Id.*, para Eslovenia, Igualmente, para Eslovenia, F. DOUGAN, “De Facto Unions in Private International Law”, *op. cit.*, pp. 178-179.

41. En España, como confirma M. A. CEBRIÁN SALVAT, no se cuenta con normas *ad hoc* de origen interno para atribuir a nuestra jurisdicción sobre efectos patrimoniales de las uniones no registradas que presentan un elemento extranjero. En relación con los efectos internos de la cohabitación (el régimen económico), la autora reflexiona, en primer lugar, sobre la aplicación del foro de los efectos personales y patrimoniales del matrimonio recogido en el art. 22 *quáter.* c LOPJ. Por un lado, entiende que es un enfoque descartable porque la jurisprudencia constitucional dictaminó que el matrimonio y la unión de hecho son realidades distintas; pero, por otro lado, considera que podría aplicarse interpretando que la unión de hecho tiene carácter familiar y que el art. 22 *quáter.* c) LOPJ se aplica a las cuestiones sobre estado civil excluyendo la filiación (como parece deducirse del foro relativo a los alimentos, regulado en el art. 22 *quáter.* f LOPJ). Asimismo, plantea la posible aplicación del foro en materia contractual del art. 22 *quinquies* LOPJ, en el entendido de que los efectos económicos de la unión no registrada se considerasen de naturaleza patrimonial; pero la autora advierte que ello contravendría el art. 39 CE, sobre la protección constitucional de la familia³⁸.

III. Los límites objetivos del art. 4 RREM/REPUR

42. Para comenzar a indagar sobre los límites materiales de la concentración competencial del art. 4 RREM/REPUR, en el estatuto patrimonial del cónyuge viudo o la pareja supérstite, hay que resaltar la complejidad que entraña de entrada este estatuto jurídico. Dicha complejidad se debe, en síntesis, a dos principales razones. La primera es que, a grandes rasgos, los derechos del cónyuge viudo o de la pareja supérstite dependen de dos fuentes patrimoniales: el régimen económico matrimonial o de la pareja y la sucesión. La segunda es que es preciso considerar la influencia sobre los derechos del cónyuge o la pareja supérstites de determinados actos de planificación sobre el patrimonio matrimonial y sucesorio.

43. La interacción entre el régimen económico y la sucesión queda solventada con el art. 4 RREM/REPUR. En este sentido, dicho artículo supone una excepción a la mutua exclusión establecida en el art. 1.d) RREM/REPUR sobre las cuestiones sucesorias, recíproca a la exclusión del art. 1.d) RS sobre las cuestiones de régimen económico matrimonial o de efectos patrimoniales de las uniones registradas. Ambas cuestiones están llamadas a concentrarse materialmente en una misma jurisdicción si se aprecia una razón de conexidad. Pero también resulta de interés que el art. 4 RREM/REPUR, concentre la competencia para conocer de la validez formal, material y el contenido de los actos derivados de planificación realizados por los cónyuges.

44. En materia de REM, el acto de disposición por excelencia son las capitulaciones matrimoniales. Éstas quedan incluidas dentro del ámbito material del RREM, pues su Considerando 18 los incluye dentro del concepto genérico de “régimen económico matrimonial”³⁹. Estas capitulaciones vienen definidas en el art. 3.1.b RREM como un “*acuerdo en virtud del cual los cónyuges o futuros cónyuges organizan su régimen económico matrimonial*”. Asimismo, el art. 25 RREM regula las cuestiones de validez formal de las capitulaciones matrimoniales, al mismo tiempo que el art. 27.g) RREM somete la validez material de dichas capitulaciones a la ley designada conforme a las normas de conflicto del propio Reglamento

³⁸ Vid. M. A. CEBRIÁN SALVAT, “Los efectos patrimoniales de las parejas no registradas en Derecho internacional privado español”, *CDT* (Marzo 2018), Vol. 10, N.º 1, pp. 136-137.

³⁹ Citando el Considerando 18 R. 2016/1103 (la negrita es nuestra): “*El ámbito de aplicación del presente Reglamento debe incluir todos los aspectos de Derecho civil de los regímenes económicos matrimoniales, relacionados tanto con la administración cotidiana del patrimonio matrimonial como con la liquidación del régimen, en particular como consecuencia de la separación de la pareja o del fallecimiento de uno de los cónyuges. A efectos del presente Reglamento, el término «régimen económico matrimonial» debe interpretarse de forma autónoma y ha de abarcar no solo las normas imperativas para los cónyuges, sino también las normas opcionales que los cónyuges puedan acordar de conformidad con el Derecho aplicable, así como cualesquiera normas por defecto del Derecho aplicable. Incluye no solo las capitulaciones matrimoniales específicas y exclusivamente previstas para el matrimonio por determinados ordenamientos jurídicos nacionales, sino también toda relación patrimonial, entre los cónyuges y en sus relaciones con terceros, que resulte directamente del vínculo matrimonial o de su disolución*”.

(igualmente, Considerando 48 RREM). Ello implica que la autoridad jurisdiccional competente para conocer del régimen económico matrimonial conforme a este Reglamento puede conocer de cualquier disputa que surja en torno a las capitulaciones matrimoniales. Además, dado que lo dispuesto en las capitulaciones sobre el régimen económico de los bienes matrimoniales influye en la liquidación y reparto entre el patrimonio del cónyuge viudo y el caudal hereditario del cónyuge fallecido, las cuestiones de validez formal y material guardarán estrecha conexión con la sucesión. En definitiva, las capitulaciones matrimoniales en cuanto tales pueden beneficiarse del régimen de acumulación previsto en el art. 4 RREM.

45. Esta misma conclusión puede extrapolarse a lo que el REPUR denomina “capitulaciones de la unión registrada”, definidas como el “*acuerdo en virtud del cual los miembros o futuros miembros organizan los efectos patrimoniales de su unión registrada*” (art. 3.1.c REPUR). Aunque el Considerando 18 REPUR no indica expresamente su inclusión dentro de la categoría de “efectos patrimoniales de la unión registrada”, va de suyo que, si el acuerdo incide sobre esta materia, se somete a las normas de competencia relativas a los efectos patrimoniales de las uniones registradas. Tanto la validez formal como material de dichos acuerdos quedan cubiertas por el Reglamento (arts. 25 y 27.g y Considerando 47 REPUR). El sistema de competencia judicial internacional del REPUR y, en especial, la regla prevista de conexidad con la sucesión en su art. 4 serían consecuentemente aplicables a estos procedimientos.

46. En materia sucesoria, el art. 3.1.a) RSE, en su definición de “sucesión”, indica expresamente que abarca “*cualquier forma de transmisión mortis causa de bienes, derechos y obligaciones, ya derive de un acto voluntario en virtud de una disposición mortis causa o de una sucesión abintestato*” (igualmente lo indica el Considerando 9 RSE). Entre dichas disposiciones *mortis causa*, se encuentran los testamentos, los testamentos mancomunados⁴⁰ y los pactos sucesorios⁴¹ (art. 3.1.d RSE). La jurisdicción para conocer de la validez formal y material de todos estos actos queda determinada conforme a las normas de competencia judicial internacional recogidas en el RSE⁴².

47. La concentración del art. 4 RREM/REPUR, sin embargo, no tiene eficacia cuando la transmisión *mortis causa* del patrimonio del cónyuge fallecido se realiza a través de mecanismos excluidos del RSE. Aquí encontraríamos por tanto un segundo límite material digno de análisis. En el presente subepígrafe, trataremos de perfilar el alcance de estas exclusiones.

1. La validez de los testamentos orales

48. En primer lugar, aunque hemos mencionado en el subepígrafe anterior la inclusión en el RSE de los conflictos de jurisdicciones relacionados con los testamentos, cabe destacar sin embargo que el art. 1.2.f) RSE excluye de su ámbito de aplicación “*la validez formal de las disposiciones mortis causa hechas oralmente*”.

49. Si bien las cuestiones de ley aplicable pueden quedar cubiertas a través del Convenio sobre los conflictos de Leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961⁴³; no ocurre lo mismo con la determinación de la competencia.

⁴⁰ Definidos por el art. 3.1.c) RSE como: “*el testamento otorgado en un acto por dos o más personas*”.

⁴¹ Definidos por el art. 3.1.b) RSE como: “*todo acuerdo, incluido el resultante de testamentos recíprocos, por el que se confieran, modifiquen o revoquen, con o sin contraprestación, derechos relativos a la sucesión o las sucesiones futuras de una o más personas que sean partes en dicho acuerdo*”.

⁴² Conviene añadir que, en lo que respecta a la validez formal de los testamentos personales y mancomunados, aunque la jurisdicción se determine conforme al RSE, la ley aplicable en muchos Estados Miembros queda sometida al Convenio sobre los conflictos de Leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961 (Instrumento de ratificación para España en BOE de 17 agosto 1988), pues éste se aplica con preferencia al RSE para los Estados Miembros contratantes del mismo (art. 75.1, párrafo segundo RSE).

⁴³ Instrumento de ratificación para España en BOE de 17 agosto 1988. El art. 10 de dicho Convenio permite a los Estados reservarse el derecho a no reconocer testamentos orales. Sin embargo, España no ha objetado reserva alguna al respecto. *Vid.* J.

50. En España, a falta de otros convenios internacionales en materia de conflictos de jurisdicción, se debería acudir a los foros alternativos del art. 22 quáter. g) LOPJ, en materia sucesoria. Este artículo permite conocer a los tribunales españoles: “*cuando el causante hubiera tenido su última residencia habitual en España o cuando los bienes se encuentren en España y el causante fuera español en el momento del fallecimiento. También serán competentes cuando las partes se hubieran sometido a los Tribunales españoles, siempre que fuera aplicable la ley española a la sucesión. Cuando ninguna jurisdicción extranjera sea competente, los Tribunales españoles lo serán respecto de los bienes de la sucesión que se encuentren en España*”.

2. Las transmisiones *mortis causa* realizadas al margen de la sucesión

51. Existen casos en los que la transmisión de bienes, derechos y acciones se realiza al margen de las reglas que rigen la sucesión *mortis causa*. El cónyuge viudo o la pareja supérstite, como cualquier otro sucesor, familiar o no, del causante, puede beneficiarse de ellas. El carácter alternativo al testamento y, en su caso, a la sucesión, de estas formas de transmisión *post mortem* del patrimonio se revela en la exclusión de dichos mecanismos del ámbito de aplicación del RSE. Al respecto, se pueden identificar varias de estas exclusiones.

52. En primer lugar, el art. 1.2.g) RSE hace referencia a “*los bienes, derechos y acciones creados o transmitidos por título distinto de la sucesión, por ejemplo mediante liberalidades, propiedad conjunta de varias personas con reversión a favor del supérstite, planes de pensiones, contratos de seguros y transacciones de naturaleza análoga, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 23, apartado 2, letra i)*”. Sin embargo, el art. 23.2.i RSE mantiene dentro del ámbito de la ley aplicable a la sucesión “*la obligación de reintegrar o computar las donaciones o liberalidades, adelantos o legados a fin de determinar las cuotas sucesorias de los distintos beneficiarios*”. Por lo tanto, los conflictos jurisdiccionales en torno a la posible colación de las liberalidades también deberían resolverse aplicando las reglas de competencia judicial internacional del RSE.

53. Esta exclusión merece un comentario respecto de las liberalidades, puesto que su exclusión no es absoluta del RSE. Así, para el caso de las donaciones *mortis causa*⁴⁴, la STJUE 9 septiembre 2021, C277/20, UM estableció que entran dentro del ámbito de aplicación de dicho Reglamento al tener naturaleza de pacto sucesorio⁴⁵. Igualmente, la doctrina también ha abogado por la inclusión de aquellas donaciones particionales, esto es, de aquellas liberalidades *inter vivos* que se utilizan como mecanismo anticipatorio de la atribución de los bienes sucesorios⁴⁶. Como tercera tipología de interés, tendríamos aquellas donaciones realizadas entre los cónyuges, ya que en la medida en que estas donaciones se contemplan como efecto del matrimonio, su existencia, validez y efectos podrían encajar en el ámbito de aplicación del RREM⁴⁷, al mismo tiempo que su posible colación sucesoria sería objeto de tratamiento

CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento sucesorio europeo: análisis crítico (segunda edición)*, Rapidcentro Color, S. L., Murcia, 2019, pp. 90-91.

⁴⁴ Cuya calificación es delicada por la diversidad de su régimen jurídico según el ordenamiento observado, *vid.* A. BONOMI, “Article 1^{er}”, en A. BONOMI / P. WAUTELET, *Le droit européen des relations patrimoniales de couple. Commentaire des Règlements (UE) n^{os} 2016/1103 et 2016/1104*, Bruylant, Bruxelles, 2021, pp. 96-98.

⁴⁵ ECLI:EU:C:2021:708, en especial, apdo. 35. Sobre esta sentencia, *vid.* J. M., FONTANELLAS MORELL, “La inclusión de las donaciones *mortis causa* en el Reglamento (UE) n.º 650/2012”, en B. CAMPUZANO DÍAZ / M.ª P. DIAGO DIAGO / M.ª Á. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ (coords.), *De los retos a las oportunidades en el derecho de familia y sucesiones internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 345-387; N. GONÍ URRIZA, “La donación *mortis causa* como pacto sucesorio: comentario de la sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de septiembre de 2021, UM, C-277-20”, *CDT*, Vol. 14, N.º 1, 2022, pp. 736-744.

⁴⁶ *Id.* A. BONOMI, “Article 1^{er}”, *op. cit.*, pp. 99; E. CALÓ, “El proyecto de Reglamento de la Unión Europea sobre la ley aplicable a las sucesiones: lo que no se ha dicho. Reflexiones desde el derecho italiano”, *InDret* 3/2010, p. 4; que la consideran una tipología de pacto sucesorio.

⁴⁷ *Id.*, en profundidad sobre la calificación de las donaciones entre cónyuges, el trabajo de L. GARCÍA ÁLVAREZ, “Las donaciones entre cónyuges en Derecho internacional privado”, *CDT* (Octubre 2020), Vol. 12, N.º 2, pp. 430-474; en especial, pp. 451-453 sobre la competencia judicial internacional para conocer de las donaciones vinculadas al régimen económico-matrimonial.

por el RSE⁴⁸: la interconexión entre ambas cuestiones justificaría el empleo de la concentración de competencia prevista en el art. 4 RREM. Finalmente, para las donaciones *inter vivos* que no tienen carácter familiar, la exclusión de las cuestiones de existencia validez y efectos⁴⁹ no impide la consideración, al amparo de la ley sucesoria designada por el RSE, de su colación en la herencia.

54. En segundo lugar, el art. 1.2.h) RSE excluye del ámbito de aplicación del RSE “*las cuestiones que se rijan por la normativa aplicable a las sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, como las cláusulas contenidas en las escrituras fundacionales y en los estatutos de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, que especifican la suerte de las participaciones sociales a la muerte de sus miembros*”.

55. Esta exclusión, *a priori*, operaría en aquellos casos en los que el patrimonio hereditario quedara constituido en forma de una sociedad entre los familiares llamados a suceder, lo cual constituye una vía alternativa de canalizar la sucesión de grandes fortunas. Citando a E. CALÒ, a propósito de la exclusión del art. 1.2.g) RSE: “*Se está consolidando la doble vía, que siempre ha existido, en virtud de la cual se aplica la ley civil a las sucesiones modestas, y a las relevantes la mercantil, naturalmente, la oposición de los legitimarios constituirá un arma afilada*”⁵⁰. No obstante, como sugiere P. BLANCO-MORALES LIMONES, esta transmisión alternativa puede comportar conflictos en cuanto al deber de computar donaciones y liberalidades recogido en el ámbito de la ley sucesoria (art. 23.i RSE)⁵¹.

56. Asimismo, siguiendo la literalidad del precepto, esta exclusión concierne a aquellas transmisiones de participaciones sociales que quedan condicionadas o restringidas por los estatutos de la sociedad en cuestión. En concreto, siguiendo a D. PAULUS, se someterían a la *lex societatis* aspectos como la posibilidad y condiciones para la subrogación de los herederos (colectivamente o no) en la posición del accionista fallecido, el ámbito de ejercicio de los derechos anejos a dichas participaciones sociales en caso de admitirse la sucesión del accionista en sus herederos; o el derecho de compensación económica del valor de las participaciones en caso de no admitirse tal transmisión. Sin embargo, quedarían al amparo de la ley sucesoria cuestiones como la determinación de los herederos y de sus respectivas cuotas, entre otras cuestiones recogidas en el art. 23 RSE⁵².

57. Esta exclusión, a nuestro entender, tampoco afectaría a aquellos supuestos de transmisión de la empresa o protocolo familiar que ciertos ordenamientos nacionales canalizan a través de mecanismos sucesorios. Es el caso, por ejemplo, del derecho de atribución preferente que el cónyuge puede realizar, por vía de partición hereditaria, de la empresa en cuya explotación viniera participando de forma efectiva (art. 831 CC francés)⁵³. Igualmente, podría incluirse en este supuesto el denominado *patto di famiglia* italiano, que constituye una excepción a la prohibición general de los pactos sucesorios en el Derecho

⁴⁸ Vid. A. BONOMI, “Article 1^{er}”, *op. cit.*, pp. 94-95.

⁴⁹ Vid. M.^a A. CEBRIÁN SALVAT, “Los will substitutes y el Reglamento sucesorio europeo”, *CDT* (Marzo 2016), Vol. 8, N.º 1, p. 324.

⁵⁰ Vid. E. CALÒ, “El proyecto de Reglamento de la Unión Europea sobre la ley aplicable a las sucesiones: lo que no se ha dicho. Reflexiones desde el derecho italiano”, *op. cit.*, p. 6.

⁵¹ Vid. P. BLANCO-MORALES LIMONES, “Las sucesiones internacionales y su régimen jurídico”, *Revista de derecho de la Unión Europea*, N.º 22, 2012, p. 73.

⁵² Vid. D. PAULUS, “Succession and Company Law”, en S. BARIATTI / I. VIARENGO / F. C. VILLATA (eds.), *EU Cross-border succession Law*, Edward Elgar Publishing, Chentelham (UK) / Northampton (MA, USA), 2022, pp. 81-82. Igualmente, *vid.* A. BONOMI, “Article 1^{er}”, *op. cit.*, pp. 104-105.

⁵³ De acuerdo con dicho precepto: « *Le conjoint survivant ou tout héritier copropriétaire peut demander l’attribution préférentielle par voie de partage, à charge de soulte s’il y a lieu, de toute entreprise, ou partie d’entreprise agricole, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ou quote-part indivise d’une telle entreprise, même formée pour une part de biens dont il était déjà propriétaire ou copropriétaire avant le décès, à l’exploitation de laquelle il participe ou a participé effectivement. Dans le cas de l’héritier, la condition de participation peut être ou avoir été remplie par son conjoint ou ses descendants.*

S’il y a lieu, la demande d’attribution préférentielle peut porter sur des droits sociaux, sans préjudice de l’application des dispositions légales ou des clauses statutaires sur la continuation d’une société avec le conjoint survivant ou un ou plusieurs héritiers ».

italiano (art. 768 *bis-octies* CC italiano)⁵⁴. Igualmente, en nuestro Derecho común, el art. 1056.2 CC español, habilita la posibilidad al “testador” de poder disponer la partición de una empresa, explotación sociedad de capital o grupo de sociedades en favor de algunos de los herederos, garantizando el pago en metálico (hereditario o extrahereditario) de la legítima del resto⁵⁵.

58. En tercer y último lugar, el art. 1.2.j) RSE excluye de su ámbito de aplicación “*la creación, administración y disolución de trusts*”. Sin embargo, el Considerando 13 RSE establece, para el caso de los *trusts* testamentarios y los creados estatutariamente como consecuencia de las normas sobre la sucesión intestada, que la cesión de los bienes y la determinación de los beneficiarios se sujetará al RSE. Más ampliamente, de acuerdo con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, la ley sucesoria regulará la posibilidad del causante de transmitir bienes mediante un *trust*, la viabilidad del testamento para crear un *trust*, la determinación de los herederos y legatarios y las cuotas que le corresponden y la determinación de las legítimas; mientras que la ley reguladora del *trust* se ocuparía de cuestiones como la creación, existencia, validez, reconocimiento, funcionamiento, administración, disolución y efectos legales del *trust*⁵⁶.

59. Como quiera que el cónyuge viudo o la pareja supérstite sean beneficiarios de dichos actos de transmisión *post mortem* del patrimonio que estén estrictamente excluidos del RSE, la suerte de su estatuto patrimonial dependerá de tres vertientes. Junto al REM/EPUR y la sucesión, también habrá que incluir aquellos actos alternativos a la sucesión, cuya validez no queda sometida al RSE pese a que sus repercusiones sucesorias sí entran en el ámbito del RSE. Si bien la conexidad jurisdiccional internacional está garantizada, para las dos primeras fuentes patrimoniales, mediante el art. 4 RREM/REPUR; para el caso de la sucesión alternativa, la exclusión del RSE obliga a tener en cuenta otros foros en materia civil y mercantil que podrán coincidir o no, con los establecidos para la sucesión y las cuestiones conexas de REM/EPUR.

60. Como hemos indicado, dada la naturaleza civil o mercantil, pero no sucesoria ni familiar, de los instrumentos de transmisión patrimonial a los que se refieren el art. 1.2, letras g, h, j RSE, los conflictos de jurisdicción relativos a su existencia, validez y efectos se podrían someter al RBI *bis*, como ha afirmado M.^a A. CEBRIÁN SALVAT⁵⁷. Ello es coherente, además, con la exclusión que realiza el art. 1.2.a) RBI *bis* de los regímenes económicos matrimoniales y relaciones con efectos comparables al matrimonio; así como con la que el art. 1.2.f) RSE realiza sobre las cuestiones sucesorias.

61. Bajo el RBI *bis*, a muy grandes rasgos, las donaciones *inter vivos* que no se califiquen de efecto del matrimonio podrían someterse, por su naturaleza contractual, a los foros habilitados al efecto en el art. 7 RBI *bis*: no tratándose en puridad de un contrato de compraventa de mercaderías ni de prestación de servicios, los aspectos obligacionales de la donación quedarían sometidos al foro del Estado Miembro donde deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda. Alternativamente, podría aplicarse el foro general del domicilio del demandado (art. 4 RBI *bis*). Sin embargo, si la donación tiene por objeto bienes inmobiliarios, debería quedar sujeta al foro exclusivo del art. 24.1 RBI *bis*, que se refiere al Estado Miembro del lugar donde se encuentre el bien inmueble.

62. Igualmente, en los contratos de seguro de vida, entrarían en juego los foros de protección relativos a este contrato que se contienen en el art. 11 RBI *bis*. Particularmente interesante resulta el foro del domicilio de la persona beneficiaria del seguro, porque en el caso de que dicho beneficiario sea el cónyuge viudo o pareja supérstite y su domicilio coincida con la residencia habitual del causante al

⁵⁴ Su inclusión en el ámbito del RSE como pacto sucesorio es sugerida por E. CALÓ, “El proyecto de Reglamento de la Unión Europea sobre la ley aplicable a las sucesiones...”, *op. cit.*, p. 4.

⁵⁵ Este precepto y su proyección en el tráfico jurídico externo han sido estudiados en profundidad por D. CARRIZO AGUADO, *La empresa familiar y su protocolo en el tráfico jurídico externo*, Aranzadi, 2024, pp. 151-155

⁵⁶ Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento sucesorio europeo: análisis crítico. Segunda Edición*. Rapidcentro Color, S. L., Murcia, 2019, pp. 526-532.

⁵⁷ Así lo concluye M.^a A. CEBRIÁN SALVAT, “Los will substitutes y el Reglamento sucesorio europeo”, *op. cit.*, pp. 325-329.

momento del fallecimiento, resultaría sencillo concentrar la competencia para conocer de la interacción entre el beneficio del seguro y la sucesión, por efecto del art. 11.1.b) RBI *bis* con el art. 4 R. 650/2012.

63. En el caso de los *will-substitutes* societarios la autora M. A. CEBRIÁN SALVAT, con apoyo en la jurisprudencia del TJCE, defiende la naturaleza contractual de los pactos entre socios y las relaciones de éstos con la sociedad, porque son vínculos nacidos de la voluntad entre las partes “*con independencia de que las obligaciones deriven de la decisión de incorporarse como miembro a la asociación o de una decisión de sus órganos*”⁵⁸. No obstante, cuando sea la propia sociedad el instrumento que canaliza la transmisión y gestión de los bienes del causante, cabría la posibilidad de invocar el foro exclusivo de competencia del art. 24.2 RBI *bis*.

64. En materia de *trusts*, el art. 7.6 RBI *bis*, la distinción ha de hacerse según el litigio o controversia surja o no en torno a las relaciones internas entre el fundador, el *trustee* y el beneficiario. En caso de que sí, se podría aplicar bien el foro general del domicilio del demandado (art. 4 RBI *bis*) o bien el foro especial del domicilio del *trust* estipulado en el art. 7.6 RBI *bis*. Para otras cuestiones, se podrá acudir al foro general del domicilio del demandado (art. 4 RBI *bis*), sin perjuicio de poder acudir a alguno de los foros especiales que pudiera concurrir en el caso concreto⁵⁹.

65. Todo lo antedicho se entiende sin perjuicio de poder acordar la competencia de otros tribunales mediante los acuerdos de sumisión expresa del art. 25 RBI *bis*, dentro de los límites de la no contrariedad a los foros exclusivos del art. 24 RBI *bis* -por ejemplo, no cabrían dichos acuerdos para regir la transmisión de bienes inmuebles por donación-. Igualmente, en materia de seguro de vida, deberá estarse a los límites que establece el art. 15 RBI *bis*. Del mismo modo, cabría la sumisión tácita del art. 26 RBI *bis*, salvo en el caso de competencias exclusivas del art. 24 RBI *bis* y bajo deber de información por parte del órgano jurisdiccional a la parte tomadora, asegurada o beneficiaria en el caso de contrato de seguro de vida.

V. Los límites procesales del art. 4 RREM/REPUR

1. La consideración de los notarios como tribunales a efectos de aplicar la regla de concentración de la competencia

A) Los requisitos para ser órgano jurisdiccional

66. Tanto el art. 4 RREM como el art. 4 REPUR se refieren a una concentración competencial de “órganos jurisdiccionales”. Este concepto ha de ser entendido en una doble acepción. Primeramente, en la que dan los propios Reglamentos, y segundo, como consecuencia del efecto concentrador de la competencia, en la concepción que de tales órganos jurisdiccionales se tiene en el RSE.

67. El concepto de órgano jurisdiccional es similar en los tres Reglamentos. Si se consultan los arts. 3.2 RREM, 3.2 REPUR y 3.2 RSE⁶⁰, se encontrará en ellos una definición prácticamente homogénea de lo que ha de entenderse por tal. Abarca abiertamente a “*toda autoridad judicial y todas las demás autoridades y profesionales del Derecho*” competentes en materia de régimen económico-matrimonial, efectos patrimoniales de las uniones registradas y sucesiones, respectivamente. Si bien, se exige de ellas tres requisitos: 1) “*que ejerzan funciones jurisdiccionales o que actúen por delegación de poderes de una autoridad judicial o bajo su control*”; 2) que “*ofrezcan garantías en lo que respecta a su imparcialidad y al derecho de todas las partes a ser oídas*”; y 3) “*que sus resoluciones, adoptadas con arreglo al Derecho del Estado miembro en el que actúan: a) puedan ser objeto de recurso o revisión ante la*

⁵⁸ Vid. M. A. CEBRIÁN SALVAT, “Los will substitutes y el Reglamento sucesorio europeo”, *op. cit.*, p. 328.

⁵⁹ Vid. *Ibid.*, pp. 328-329.

⁶⁰ En el art. 3.2 RSE, se emplea el concepto de “tribunal”, al menos en la traducción española.

autoridad judicial; b) tengan una fuerza y unos efectos similares a los de la resolución de una autoridad judicial sobre la misma materia”.

68. En especial, los Considerandos 20-22 RSE, 29-31 RREM y 29-31 REPUR hacen referencia a la relación del notario con el concepto de tribunal y órgano jurisdiccional. En síntesis, el conjunto de las disposiciones indicadas establece que, si el notario ejerce funciones jurisdiccionales (cosa que sucede en algunos Estados Miembros para determinadas materias), éste quedará vinculado por las normas de competencia judicial internacional de los Reglamentos antedichos y sus actos circularán sometidos al régimen de reconocimiento y ejecución de resoluciones. Si, por el contrario, los notarios no ejercen funciones jurisdiccionales (actúan simplemente como fedatarios públicos), no serán considerados como órganos jurisdiccionales a los efectos de aplicar las normas de competencia de los Reglamentos y los actos que expidan circularán en calidad de documentos públicos. Este segundo escenario, advierte el legislador europeo, es el que se da frecuentemente en la mayoría de Los Estados Miembros⁶¹.

69. Sobre el requisito del ejercicio de funciones jurisdiccionales, el TJUE ha indicado algunas pautas de discernimiento en aplicación del RSE. Sin ánimo de detenernos en profundidad en los razonamientos de cada una de las resoluciones, sintetizamos los puntos clave de la doctrina emitida⁶².

70. En primer lugar, este requisito es requerido de las autoridades competentes en materia sucesoria tanto en los procesos de jurisdicción contenciosa como en los de jurisdicción voluntaria, ya que a estos últimos también les son aplicables las normas de competencia judicial internacional del RSE⁶³.

71. En segundo lugar, la potestad jurisdiccional se corresponde con la competencia de la autoridad sucesoria, dentro de la función concreta que desempeñe⁶⁴, para conocer o resolver controversias⁶⁵. Dicho de otro modo, si la competencia de las autoridades depende de la voluntad de las partes en asuntos no controvertidos, ni los notarios⁶⁶ ni las autoridades judiciales⁶⁷ tendrían la consideración de órganos jurisdiccionales.

⁶¹ Citando a M.^a J. CASTELLANOS RUIZ, “Competencia internacional en materia de expedición de certificados sucesorios: A propósito de la Sentencia del TJUE 21 Junio 2018, Vincent Pierre Oberle, C-20/17”, *CDT* (Marzo 2020), Vol. 12, N.º 1, p. 478: “La mayoría de las funciones realizadas por los notarios de los Estados donde no rige el common law no son consideradas tareas de naturaleza jurisdiccional. Se trata normalmente de la redacción de un testamento o de un pacto sucesorio; de consejos realizados en materia de planificación sucesoria; o de la redacción de un acto de notoriedad o de herencia. En estas funciones, el notario no puede ser asimilado a un tribunal, por lo que no estarán vinculados por las normas de competencia del Reglamento (UE) 650/2012”.

⁶² En mayor desarrollo sobre esta jurisprudencia, *vid.* P. BLANCO-MORALES LIMONES, “El concepto de tribunal en el Reglamento Europeo de Sucesiones y su interpretación por el TJUE”, disponible en: <https://www.fallinginlaw.com/el-concepto-de-tribunal-en-el-reglamento-europeo-de-sucesiones-y-su-interpretacion-por-el-tjue/> (Consultado el 11 de julio de 2025).

⁶³ *Vid.* STJUE 21 junio 2018, C20/17, *Oberle*, ECLI:EU:C:2018:485, apdos. 37-44 y 56-57.

⁶⁴ *Vid.* F. M. MARIÑO PARDO, “De nuevo sobre la actuación notarial en el marco del Reglamento europeo de sucesiones. Sentencia del Tribunal de Justicia, de 16 de julio del 2020, C-80/19: EE. y loi applicable aux successions”, *La Ley Unión Europea*, n.º 85, octubre de 2020, p. 8.

⁶⁵ Este requisito ya se ha puesto de manifiesto por el TJUE en otras resoluciones, fuera del ámbito sucesorio, *vid.* STJCE 2 junio 1994, C- 414/92, *Solo Kleinmotoren* (ECLI:EU:C:1994:221), en especial, apdo. 17; STJUE 9 marzo 2017, C-484/15, *Zulfikarpašić* (ECLI:EU:C:2017:199), apdos. 43-46; STJUE 9 marzo 2017, C-551/15, *Pula Parking*, apdos. 56-59.

⁶⁶ En la STJUE 23 mayo 2019, C-658/17, *WB* (ECLI:EU:C:2019:444), apdos. 54-61, se negó la condición de tribunal a los efectos del art. 3.2 RSE a un notario polaco que expidió un certificado de título sucesorio a solicitud de todas las partes, y calificó dicho certificado de “documento público”. Por su parte, en la STJUE 16 julio 2020, C80/19, *E.E.* (ECLI:EU:C:2020:569), apdos. 46-56 y 57-63, en relación con un certificado de título sucesorio nacional expedido por un notario lituano el TJUE indicó que éste no ejercía función jurisdiccional, a menos que el órgano jurisdiccional remitente determinase que dicho notario actuaba por delegación o bajo el control de un órgano jurisdiccional, caso en el cual sí podrían ser calificados de tribunales con arreglo al art. 3.2 RSE, y su certificado, como resolución de acuerdo con el art. 3.1.g) RSE.

⁶⁷ Véase el supuesto de la STJUE 23 enero 2025, *Albausy*, C-187/23 (ECLI:EU:C:2025:34), apdos. 63-66. En ella, se admitió la petición de cuestión prejudicial elevada por el Tribunal de lo Civil y lo Penal de Lörrach (Austria) -*Amstgericht Lörrach*- sobre la interpretación del art. 67.1.II.a) RSE, en relación con la expedición de un certificado sucesorio europeo respecto del cual había surgido controversia. La razón para ello es que el art. 267 TFUE sólo permite plantear cuestiones prejudiciales a autoridades que tienen la consideración de órganos jurisdiccionales, lo cual implica el ejercicio de funciones jurisdiccionales.

72. Por último, el TJUE, se ha pronunciado sobre las comunicaciones que los Estados Miembros han de hacer a la Comisión, con arreglo al art. 79 RSE, de las autoridades consideradas tribunales. Sobre este aspecto, la jurisprudencia ha indicado que la designación (o no) de las mismas tiene meramente indicativo⁶⁸. Ello implica que, cuando la comunicación hace mención a algunas autoridades, dicha mención tiene un carácter de presunción *iuris tantum*⁶⁹; pero cuando se omite la referencia a alguna autoridad, no tiene por qué negársele tal consideración siempre y cuando se verifiquen los requisitos exigidos por el Reglamento.

73. Sobre este último aspecto, cabe resaltar que sólo cinco Estados Miembros mencionan a los notarios en sus comunicaciones a la Comisión —España, Grecia, Hungría, Letonia y Portugal—⁷⁰. En cuanto al RREM, solamente dos Estados Miembros, participantes en el sistema de cooperación reforzada de estos Reglamentos, han informado expresamente a la Comisión de que los notarios pueden ejercer ciertas funciones jurisdiccionales en cuestiones de régimen económico-matrimonial —Chequia y Portugal—⁷¹. Por último, en lo concerniente a la aplicación del REPUR, ningún Estado miembro menciona a los notarios entre las autoridades consideradas como órganos jurisdiccionales a efectos del art. 3.2⁷².

B) La calificación como tribunales de los notarios españoles en materia sucesoria

74. Tanto la jurisprudencia relativa a los procesos de jurisdicción voluntaria como en la relativa a la función jurisdiccional de las autoridades judiciales y notarios tienen importantes implicaciones para España, si tenemos en cuenta la gran reforma promovida la *Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria* (en adelante, LJV)⁷³. Dicha ley no solamente resignificó y modernizó el papel de la jurisdicción voluntaria en el panorama procesal español, sino que, además, resultó significativa porque también racionalizó la carga procesal de los tribunales españoles mediante la asignación de ciertos expedientes de esta jurisdicción a otros profesionales del Derecho, entre los cuales están los Notarios⁷⁴.

75. La LJV reserva su ámbito de regulación a aquellos expedientes de jurisdicción voluntaria cuya tramitación corresponde a los Letrados de la Administración de Justicia y a los jueces y tribunales,

Dado que la expedición del certificado sucesorio europeo sólo sería posible cuando los extremos a certificar no fueran objeto de controversia, de existir ésta el *Amtsgericht* no podría resolverla, y sólo se limitaría a denegar la expedición del certificado. Por lo tanto, dicho tribunal no estaba ejerciendo funciones jurisdiccionales.

⁶⁸ Vid. STJUE 23 mayo 2019, C-658/17, *WB* (ECLI:EU:C:2019:444), apdos. 39-49.

⁶⁹ Como sugiere P. JIMÉNEZ BLANCO, “El concepto de “órgano jurisdiccional” en los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado”, *op. cit.*, p. 126; F. M. MARIÑO PARDO, “De nuevo sobre la actuación notarial en el marco del Reglamento europeo de sucesiones...”, *op. cit.*, p. 18.

⁷⁰ COMISIÓN EUROPEA. “Atlas Judicial Europeo en Materia Civil: Sucesiones. Información sobre los Estados Miembros y formularios en línea relativos al Reglamento n.º 650/2012”, disponible en: https://e-justice.europa.eu/topics/taking-legal-action/european-judicial-atlas-civil-matters/succession_es (Consultado el 13 de junio de 2025). Dentro de la ficha de información de cada Estado, se consulta en particular el apartado rubricado como “Artículo 79 - Establecimiento y modificación posterior de la lista con la información a que se refiere el artículo 3, apartado 2”.

⁷¹ Vid. COMISIÓN EUROPEA. “Atlas Judicial Europeo en Materia Civil: Regímenes económicos matrimoniales. Información nacional en relación con el Reglamento 2016/1103”, disponible en: https://e-justice.europa.eu/topics/taking-legal-action/european-judicial-atlas-civil-matters/matters-matrimonial-property-regimes_es (Consultado el 17 de junio de 2025). En la doctrina, D. MARTINY, «Article 4. Compétence en cas de décès», *op. cit.*, p. 49 menciona que los notarios franceses y alemanes no tienen la condición de órgano jurisdiccional.

⁷² Citando a A. M.ª PÉREZ VALLEJO, “1.1. What is a court?” en M.ª J. CAZORLA GONZÁLEZ, *et al.* (ed.), *Property relations of cross border couples in the European Union*, Edizione Scientifiche Italiane, 2020, p. 22: “In most countries, such as Spain, Luxembourg, the Czech Republic, Germany, Austria, Belgium, Bulgaria, Italy, Malta, the Netherlands, Portugal and Slovenia, notaries are not bound by these rules of jurisdiction and are therefore free to act, for example, in drawing up a marriage contract or a choice of law agreement or in the case of marriage settlements with cross-border implications. A similar situation is found in Greece, where the notary has the power to conclude a cohabitation contract but not a marriage contract, or in Slovenia, where, since 15 April 2019, the notary has had the possibility of concluding a formal marriage contract (notarial act)”.

⁷³ BOE de 3 julio 2015.

⁷⁴ Apdo. V de la Exposición de Motivos de la LJV.

mientras que, para el caso de los Notarios y de los Registradores, se plantean desde la propia LJV varias reformas en otras leyes para consolidar esa distribución competencial. En especial, la D.F. 11ª LJV, de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 (en adelante, LN)⁷⁵ promovió la atribución a aquéllos de ciertos expedientes en materia sucesoria (actual Capítulo III del Título VII de la LN). En concreto, se recogen los expedientes relativos a la *declaración de herederos abintestato* (arts. 55-56 LN), a la presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos tanto cerrados (arts. 57-60 LN) como ológrafos (arts. 61-63 LN) y orales (arts. 64 y 65 LN), al albaceazgo y los contadores partidores dativos (art. 66 LN) y a la formación de inventario (arts. 67 y 68 LN).

76. España ha comunicado a la Comisión Europea que en todos estos expedientes (omitiendo la referencia a los relativos al art. 66 LN), el notario puede ser considerado como “tribunal” en el sentido del art. 3.2 RSE, si bien cabe recordar la relativa eficacia de estas comunicaciones a la Comisión⁷⁶. Lo cierto es que la doctrina española no ha sido pacífica sobre la consideración de los notarios como órganos jurisdiccionales. Existen hasta tres posturas principales: una de ellas contraria a tal calificación; otra favorable y una intermedia, que distingue según la función que asuma el notario en el expediente concreto⁷⁷. Esta última postura parece, a nuestro juicio, la más alineada con el sentir del Reglamento Sucesorio y su jurisprudencia comunitaria interpretadora, pues es coherente con la idea de examen de los requisitos exigidos por la norma para cumplir con la consideración de “tribunal”: en especial, el relativo al ejercicio de las funciones jurisdiccionales. Ello conllevaría descartar que los notarios tuvieran tal consideración en aquellos casos en que su competencia se limita a ser la de un fedatario público, en la que el notario homologa o verifica la autenticidad de ciertos actos o documentos⁷⁸.

77. Comenzando por la *declaración de herederos ab intestato*, existen autores favorables a entender que en este tipo de expedientes el notario ejerce funciones jurisdiccionales, fundamentalmente por dos razones. La primera es que el notario debe hacer indagaciones sobre la existencia de disposiciones *mortis causa*, sobre el parentesco de los sujetos llamados a suceder y la extensión de sus derechos, así como sobre la determinación de la ley aplicable a la sucesión (lo cual implica valorar, en supuestos internacionales, dónde tenía el causante su última residencia habitual, art. 22 RSE)⁷⁹. La segunda es que dicho expediente permite un cauce de oposición a través del art. 56.2, apartado 5º LN, las cuales presumiblemente habrán de formar parte del “juicio de conjunto” del notario sobre la notoriedad de los hechos y las presunciones en las que se fundamenta la declaración de herederos, de acuerdo con el art. 56.3 LN⁸⁰. Ello garantiza, además, el derecho de todas las partes interesadas a ser oídas en la propia tramitación del expediente. Igualmente, la posibilidad de ejercitar recurso en vía judicial conecta perfectamente con el requisito de recurso o revisión ante la autoridad jurisdiccional.

78. Por lo que respecta a la *adveración, apertura y protocolización de los testamentos*, el primer matiz a realizar es que la validez formal de los testamentos orales es una materia excluida por el art. 1.2.f) RSE, con lo cual, queda fuera del debate sobre el ejercicio de las funciones jurisdiccionales por

⁷⁵ *Gaceta de Madrid* de 29 de mayo de 1862 (versión consolidada y actualizada a 3 de enero de 2025).

⁷⁶ Vid. F. M. MARIÑO PARDO, “Doctrina y algunas consecuencias sobre las actuaciones de los notarios...”, *op. cit.*, p. 14.

⁷⁷ Para una síntesis de las posturas doctrinales enfrentadas, vid. P. MELGAREJO CORDÓN, “El notario español como autoridad no judicial con competencias en materia sucesoria y su relación con el Reglamento 650/2012. ¿Tribunal o fedatario público?”, en R. RUEDA VALDIVIA (dir.), *Nuevos horizontes de la movilidad internacional de personas en el siglo XXI. Libro homenaje a la profesora Mercedes Moya Escudero*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 321-323.

⁷⁸ Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento sucesorio europeo: análisis crítico. Segunda Edición*, *op. cit.*, pp. 129-131.

⁷⁹ Vid. P. BLANCO-MORALES LIMONES, “La competencia internacional en el Reglamento sucesorio europeo”, *op. cit.*, p. 10; F. M. MARIÑO PARDO, “Doctrina y algunas consecuencias sobre las actuaciones de los notarios...”, *op. cit.*, p. 21.

⁸⁰ Vid. P. MELGAREJO CORDÓN, “El notario español como autoridad no judicial con competencias en materia sucesoria y su relación con el Reglamento 650/2012. ¿Tribunal o fedatario público?”, *op. cit.* p. 329; R. RUEDA VALDIVIA, “Competencia internacional del notario español para la tramitación de expedientes sucesorios nacionales en sucesiones de dimensión transfronteriza: un análisis a la luz de la jurisprudencia del TJUE”, en Á. LARA AGUADO (dir.), *Sucesión mortis causa de extranjeros y españoles tras el Reglamento (UE) 650/2012: Problemas procesales, notariales, registrales y fiscales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 104-105 y 107-109.

parte de los notarios en aplicación del art. 3.2 RSE⁸¹. Para los testamentos cerrados, al contrario de lo que sucede en la declaración de herederos *ab intestato*, los parientes y personas interesadas que presencien la apertura del pliego y lectura del testamento tienen vedada cualquier oposición, aunque presenten un testamento posterior (art. 59.2 LN). Del mismo modo, para los testamentos ológrafos, como mucho, se permite a los interesados hacer observaciones sobre la autenticidad del testamento y quedar éstas reflejadas en el acta, pero ello no impide al notario continuar con el expediente y corroborar si, a su juicio, se cumplen las solemnidades legales. En uno y otro caso, queda abierta la vía judicial para que los interesados puedan oponerse a la protocolización o a la negativa a la misma. En definitiva, en estos expedientes, más allá de la función de fedatario público en la verificación del cumplimiento de las solemnidades formales de cada tipo de testamento, el notario no está realizando funciones jurisdiccionales⁸².

79. Seguidamente, aunque los *expedientes relativos al albaceazgo y a los contadores partidores dativos* no se comunican a la Comisión como supuestos de ejercicio de función jurisdiccional por un tribunal a los efectos del art. 3.2 RSE, el valor relativo de estas comunicaciones invita igualmente a la reflexión sobre si verdaderamente concurre dicha función jurisdiccional. Para algunos autores la designación notarial del contador partidor dativo en caso de desacuerdo entre los herederos no se corresponde con esa función, porque el art. 66 LN no da cabida a la existencia de dicha controversia entre las partes⁸³. Además, el art. 1057, párrafo segundo CC parte de que la designación notarial se produce a petición de los herederos que representan al menos la mitad del haber hereditario, luego la facultad del notario procede de la voluntad de las partes (aunque no sea de todas ellas). En definitiva, ya sea en la designación del contador-partidor o albacea, en la renuncia o prórroga del plazo de éste y en la aprobación de la partición realizada⁸⁴, el notario simplemente observa el cumplimiento de los requisitos legales. No obstante, existe alguna doctrina que considera que debería incluirse éste como un supuesto donde la actuación decisora del notario le convierte en “tribunal” a efectos del RSE⁸⁵.

80. Sobre la *formación del inventario*, como regla general, también se niega la existencia de función jurisdiccional en la tramitación del expediente⁸⁶. En él, el notario se limita a corroborar el título sucesorio presentado por el heredero solicitante, la existencia de disposición testamentaria y del fallecimiento de su otorgante, y la relación de bienes y deudas del causante. No se prevé específicamente ningún cauce de oposición entre las partes en los arts. 67-68 LN. Como mucho, podría darse, según la doctrina, alguna controversia sobre la necesidad de prorrogar el plazo estándar de 60 días para la formación del inventario al de un año, como establece el art. 68.4 LN, si media justa causa⁸⁷. Sin embargo, se ha destacado que, dado que el art. 67 LN se refiere a la formación del inventario de bienes y derechos a efectos de “aceptar o repudiar la herencia de los llamados a ella”, puede existir cierta vinculación con el foro de competencia específico para esta materia regulado en el art. 13 RSE⁸⁸.

⁸¹ Vid. F. M. MARIÑO PARDO, “Doctrina y algunas consecuencias sobre las actuaciones de los notarios...”, *op. cit.*, p. 18.

⁸² Vid. P. BLANCO-MORALES LIMONES, “La competencia internacional en el Reglamento sucesorio europeo”, *op. cit.*, p. 10. En sentido similar, vid. F. M. MARIÑO PARDO, “Doctrina y algunas consecuencias sobre las actuaciones de los notarios...”, *op. cit.*, pp. 17-18; P. JIMÉNEZ BLANCO, “El concepto de “órgano jurisdiccional” en los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado”, *op. cit.*, p. 149; P. MELGAREJO CORDÓN, “Reflexiones acerca de la consideración de “tribunal” a efectos del Reglamento 650/2012 del notario español en la tramitación de expedientes de jurisdicción voluntaria en el proceso sucesorio. Un debate abierto”, en A. L. CALVO CARAVACA (dir.) / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dir.), *El derecho de familia internacional del siglo XXI en la práctica judicial*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022 [recurso en línea, sin paginación, apdos. 44-48]; R. RUEDA VALDIVIA, “Competencia internacional del notario español...”, *op. cit.*, p. 112.

⁸³ Vid. P. MELGAREJO CORDÓN, “Reflexiones acerca de la consideración de “tribunal” a efectos del Reglamento 650/2012 del notario español...”, *op. cit.*, [recurso en línea, sin paginación, apdos. 49-52].

⁸⁴ Vid. R. RUEDA VALDIVIA, “Competencia internacional del notario español...”, *op. cit.*, pp. 113-114.

⁸⁵ Vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, “El concepto de “órgano jurisdiccional” en los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado”, *op. cit.*, pp. 150-151, quien también considera que la función notarial se extiende a la aprobación notarial de la partición, al igual que F. M. MARIÑO PARDO, “Doctrina y algunas consecuencias sobre las actuaciones de los notarios...”, *op. cit.*, p. 19.

⁸⁶ Vid. R. RUEDA VALDIVIA, “Competencia internacional del notario español...”, *op. cit.*, pp. 114-116.

⁸⁷ Vid. P. MELGAREJO CORDÓN, “Reflexiones acerca de la consideración de “tribunal” a efectos del Reglamento 650/2012 del notario español...”, *op. cit.* [recurso en línea, sin paginación, apdo. 58].

⁸⁸ Vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, “El concepto de “órgano jurisdiccional” en los Reglamentos europeos de Derecho internacional

C) Aplicación a expedientes notariales en materia de régimen económico-matrimonial o los efectos patrimoniales de la unión registrada

81. Que tan solo la declaración de herederos *ab intestato* y, como excepción del art. 13 RSE, la declaración de aceptación y renuncia a la herencia, sean los únicos expedientes notariales que pasan la criba de los requisitos para ser tribunal a efectos del art. 3.2 RSE dice mucho en detrimento de la aplicación de la regla de coordinación de los arts. 4 RREM y 4 REPUR cuando los trámites sucesorios de cara a concretar los derechos del cónyuge viudo o la pareja supérstite se encaucen por vía notarial. Si el requisito de partida es que un “tribunal” se declare competente conforme al RSE, lo cierto es que, al menos para España, salvo las contadas excepciones antedichas, no tendremos tal “tribunal”.

82. Sin embargo, aunque se hubiera podido verificar que los notarios aplican en su integridad el RSE, ello habría sido una condición necesaria, pero no suficiente. El mismo notario tendría que ser considerado “órgano jurisdiccional” con arreglo a los Reglamentos de 2016. Y si bien es cierto que la filosofía del concepto comparte evidentes similitudes con el RSE (*supra*), los objetivos de uno y otros Reglamentos son diferentes. Ello obliga a examinar también, para los expedientes en materia de régimen económico-matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas, la posible existencia de una función jurisdiccional. A este respecto, la comunicación de España a la Comisión sobre la ausencia de tales autoridades, alternativas a las judiciales, que ejerzan funciones jurisdiccionales al amparo de estos Reglamentos es meramente indiciaria, pero en ningún caso concluyente⁸⁹.

83. Un primer contexto en el que el notario puede intervenir tiene que ver, en ausencia de capitulaciones matrimoniales, con el acta de notoriedad del régimen económico-matrimonial legal regulado en el art. 53 LN. En este punto, la doctrina tampoco entiende que exista lugar a controversia. El art. 53.2 LN, ofrece muy poco margen de actuación al notario: o bien entiende acreditado el régimen económico legal y lo hace constar en acta, con remisión de copia electrónica al Registro Civil; o bien, en caso de que no lo considere acreditado, cierra el acta y remite a los interesados a ejercer sus derechos en el juicio que corresponda. Esta remisión al “juicio que corresponda” permite concluir que el notario *per se* no puede resolver la controversia que se suscite entre los interesados sobre el régimen económico-matrimonial legal⁹⁰.

84. Si los cónyuges deciden otorgar capitulaciones matrimoniales para variar el régimen económico supletorio de primer grado preestablecido por ley, el art. 1327 CC español, requieren de escritura pública para la validez de dichas capitulaciones, luego será necesaria la intervención de un notario. Éste deberá realizar ciertas comprobaciones sobre la validez de las cláusulas establecidas, guardando de que no sean nulas por contravenir la ley, la buenas costumbres o la igualdad entre los cónyuges (art. 1328 CC). La decisión del notario, después de un contraste legislativo, se limitará a aceptar la voluntad de las partes si sus disposiciones no contravienen el ordenamiento jurídico; y a no protocolizar las capitulaciones si detecta algún vicio de nulidad. Con independencia de ello, además, es la voluntad de los cónyuges, la que legitima la intervención notarial, con lo cual no hay lugar a ningún tipo de controversia

privado”, *op. cit.*, p. 149. En sentido similar, *vid.* P. BLANCO-MORALES LIMONES, “La competencia internacional en el Reglamento sucesorio europeo”, *op. cit.*, p. 10.

⁸⁹ Incluso ha sido calificada de “desafortunada”, *vid.* I. ESPÍNEIRA SOTO, “La práctica notarial en materia de regímenes económicos matrimoniales con elemento extranjero”, en A. RODRÍGUEZ BENOT (dir.) / C. HORNERO MÉNDEZ (dir.) / D. CARRIZO AGUADO (coord.), *Régimen económico matrimonial: cuestiones de Derecho interno, comparado e internacional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2024, pp. 104-106.

⁹⁰ *Vid.* R. RUEDA VALDIVIA, “El Reglamento (UE) 2016/1103 y su impacto en la regulación de los regímenes económicos matrimoniales en DIPR español: Especial referencia a su repercusión en competencia internacional y ley aplicable”, en A. RODRÍGUEZ BENOT (dir.) / C. HORNERO MÉNDEZ (dir.) / D. CARRIZO AGUADO (coord.), *Régimen económico matrimonial: Cuestiones de Derecho interno, comparado e internacional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2024, p. 218; P. JIMÉNEZ BLANCO “El concepto de “órgano jurisdiccional” en los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado”, *op. cit.*, p. 158.

entre ellos: parten del acuerdo mutuo en modificar el régimen económico-matrimonial. En tal sentido, el notario se limita a recoger esa voluntad de los cónyuges⁹¹.

85. En los supuestos de separación o divorcio de mutuo acuerdo (arts. 82 y 87 CC), cabe destacar que el notario es considerado autoridad judicial con arreglo al art. RBII *ter*⁹². Así, el art. 2.2.1 establece que es órgano jurisdiccional “*cualquier autoridad de cualquier Estado miembro con competencia en las materias que entran en el ámbito de aplicación del presente Reglamento*”⁹³. A tal efecto, y como indica el Considerando 14 RBII *ter*, ello permitiría incluir a aquellos notarios que, en sus respectivas jurisdicciones, tuvieran competencias en estas materias. Siendo la definición del RBII *ter* mucho más laxa que la del RREM, al no exigir ejercicio de funciones jurisdiccionales, cabría preguntarse si, de cara a la aprobación de los convenios reguladores sobre régimen económico-matrimonial en relación con dicho divorcio o separación de mutuo acuerdo (art. 90 CC), el notario también ejercería funciones jurisdiccionales. La doctrina parece favorable a una absorción de la competencia en estos casos, lo cual estaría permitido por el art. 5 RREM⁹⁴. Ahora bien, pese a lo lógico beneficioso que resulta este planteamiento, se pueden plantear dudas acerca de la verdadera función jurisdiccional del notario. En los casos en que el convenio regulador contenga disposiciones perjudiciales para los hijos, o gravemente perjudiciales para alguno de los cónyuges o los animales de compañía; la actuación de la autoridad judicial y la del notario (y Letrados de Administración de Justicia) es diferente. La autoridad judicial puede conceder un plazo de 10 días para que los cónyuges presenten una nueva propuesta y, presentada ésta o no, se resuelve el procedimiento mediante auto (art. 777.7 LEC). Sin embargo, cuando la misma situación se presente ante el notario, él estará obligado a cerrar el expediente, y los otorgantes sólo podrán acudir a la vía judicial para aprobar el convenio (art. 90.2 CC).

86. En cuanto a las cuestiones sobre el régimen económico-matrimonial que se susciten a raíz de la formación del inventario sucesorio del cónyuge fallecido (art. 68 LN), cabe insistir en que dicho procedimiento no reviste ninguna facultad jurisdiccional del notario para resolver controversias, aun cuando pudieran darse discrepancias sobre la naturaleza de ciertos bienes o deudas del inventario procedentes del régimen económico-matrimonial⁹⁵. Ahora bien, se ha destacado que, en los casos no contenciosos donde el inventario de bienes gananciales se realiza ante notario siguiendo las reglas de aceptación de la herencia a beneficio de inventario, cabría extender el criterio competencial del art. 13 RSE cuando existiera cierta vinculación entre dicho procedimiento y la declaración de limitación de responsabilidad respecto a las deudas⁹⁶.

⁹¹ Vid. P. JIMÉNEZ BLANCO “El concepto de “órgano jurisdiccional” en los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado”, *op. cit.*, p. 158.

⁹² Vid. I. ESPÍNEIRA SOTO, “La práctica notarial en materia de regímenes económicos matrimoniales con elemento extranjero”, *op. cit.*, pp. 100-103.

⁹³ Este precepto es de redacción similar al antiguo art. 2.1 R. 2201/2003, que definía como órgano jurisdiccional a “*todas las autoridades de los Estados miembros con competencia en las materias que entran en el ámbito de aplicación del presente Reglamento de conformidad con el artículo 1*”. Asimismo, en relación con el divorcio no judicial, la STJUE 20 diciembre 2017, C-372/16, *Sahyouni*, rechazó la confirmación que el objeto del Reglamento abarcaba exclusivamente a aquellos divorcios “*pronunciados por un órgano jurisdiccional estatal o bien por una autoridad pública o bajo el control de ésta*” (apdo. 17). Por su parte, la STJUE 15 noviembre 2022, C646/20, *Senatsverwaltung* (ECLI:EU:C:2022:879), afirmó que un acta de divorcio de mutuo acuerdo extendida por un funcionario del registro civil tenía la condición de resolución a efectos del art. 21 R. 2201/2003.

⁹⁴ P. JIMÉNEZ BLANCO “El concepto de “órgano jurisdiccional” en los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado”, *op. cit.*, p. 157;

⁹⁵ En mayor detalle sobre estos expedientes, *vid.* R. RUEDA VALDIVIA, “El Reglamento (UE) 2016/1103 y su impacto en la resolución de los regímenes económicos matrimoniales en DIPR español: Especial referencia a su repercusión en competencia internacional y ley aplicable”, en A. RODRÍGUEZ BENOT (dir.) / C. HORNERO MÉNDEZ (dir.) / D. CARRIZO AGUADO (coord.), *Régimen económico matrimonial: Cuestiones de Derecho interno, comparado e internacional*, Thomson Reuters Aranzadi, 2024, pp. 212-228.

⁹⁶ Vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, *Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos...*, *op. cit.*, p. 303.

2. La exclusión de la concentración judicial interna

87. Como último punto a tratar, está la exclusión de la concentración judicial interna del ámbito de coordinación tanto del art. 4 RREM como del art. 4 REPUR⁹⁷. Ello se deduce de la redacción de ambos preceptos. Aunque se parte del condicionante de que “un órgano jurisdiccional de un Estado Miembro” sea competente con arreglo al RSE, la competencia para conocer del régimen económico matrimonial o los efectos patrimoniales de las uniones registradas se extiende a “los órganos jurisdiccionales de dicho Estado”. Es decir, el conocimiento de ambas materias no se singulariza en el órgano judicial concretado internamente, dentro del Estado Miembro designado por el RSE, para conocer de la sucesión; sino en la jurisdicción de aquel Estado Miembro, considerada en su conjunto.

88. Esta limitación es razonable si atendemos a los objetivos de los tres Reglamentos, que únicamente se preocupan de los conflictos de jurisdicciones y de leyes ante situaciones transfronterizas. En cumplimiento del principio de proporcionalidad y de subsidiariedad que inspiran la adopción de los actos legislativos europeos, ir más allá, al punto de condicionar la competencia judicial interna, sería indagar en competencias que los Estados Miembros no han cedido a la UE. Por ello, el art. 2 de los Reglamentos 650/2012, 2016/1103 y 2016/1104 se pronuncian expresamente declarando que las disposiciones de los respectivos Reglamentos no afectan a las competencias de las autoridades de los Estados Miembros en cada una de las materias de sus ámbitos de aplicación.

89. Ahora bien, esto supone el riesgo de que la competencia judicial interna para conocer de la liquidación del régimen económico matrimonial (o de la extinción de los efectos patrimoniales de las uniones registradas) y de la sucesión *mortis causa* se bifurque en varios órganos judiciales dentro de un mismo Estado Miembro; a menos que las normas procesales del Estado Miembro en cuestión hayan previsto algún mecanismo de concentración de la competencia interna⁹⁸.

90. En el caso de España, la concentración interna de los procesos de liquidación del régimen económico matrimonial y de la sucesión es posible porque así lo confirman tanto la ley como la jurisprudencia. En primer lugar, el art. 73.1. 2.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC)⁹⁹, en sede de acumulación de acciones por motivos procesales, establece que “...*cabrá la acumulación de la acción para instar la liquidación del régimen económico matrimonial y la acción de división de la herencia en el caso de que la disolución del régimen económico matrimonial se haya producido como consecuencia del fallecimiento de uno o ambos cónyuges y haya identidad subjetiva entre los legitimados para intervenir en uno y otro procedimiento. En caso de que se acumulen ambas acciones se sustanciarán de acuerdo con los presupuestos y trámites del procedimiento de división judicial de la herencia*”. Asimismo, esta concentración se prevé en términos de acumulación de procesos, ya que el art. 77.4 LEC establece que “*podrán acumularse los procedimientos de división judicial de patrimonios cuando se trate de acumular al procedimiento de división judicial de la herencia el procedimiento de liquidación de régimen económico matrimonial promovido cuando uno o ambos cónyuges hubieran fallecido*”.

91. En consecuencia, si de la aplicación del art. 4 RREM resultara que España es la jurisdicción competente para conocer de ambos procesos, a nivel interno, el órgano judicial competente para conocer de la sucesión, que es “*el tribunal [Juzgado de Primera Instancia, concretamente] del lugar en que el finado tuvo su último domicilio y si lo hubiere tenido en país extranjero, el del lugar de su último domicilio en España, o donde estuviere la mayor parte de sus bienes, a elección del demandante*” (arts.

⁹⁷ Vid. A. BONOMI, “Article 4”, *op. cit.*, p. 358; R. GARETTO, “Article 4”, *op. cit.*, p. 81; P. JIMÉNEZ BLANCO, *Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos...*, *op. cit.*, pp. 301-303; D. MARTINY, “Article 4. Compétence en cas de décès”, *op. cit.*, p. 46;

⁹⁸ Vid. M. SOTO MOYA, “Determinación de la autoridad competente en el Reglamento (UE) 2016/1104”, *op. cit.*, p. 229.

⁹⁹ BOE de 8 enero 2000 (versión consolidada y actualizada a 28 de febrero de 2025).

45 y 52.1.4º LEC); también estaría facultado para conocer de la liquidación del régimen económico matrimonial.

92. La viabilidad y conveniencia de esta acumulación ha sido confirmada por el Tribunal Supremo en su STS 21 febrero 2023¹⁰⁰. Tal y como se apunta en ella, la conexidad jurídica entre ambos procedimientos es innegable desde el punto de vista material porque, para poder conocer el grueso de los bienes hereditarios objeto de partición, es necesario liquidar la sociedad conyugal. Asimismo, entiende el TS que dicha acumulación es conveniente por razones de economía procesal, ya que la tramitación independiente de estos procedimientos produciría riesgo de dilaciones procesales en el proceso de división de la herencia en caso de que se utilizaran vías de recurso en el procedimiento previo de liquidación del régimen económico. Igualmente, simplifica trámites y gastos con la posibilidad de que un mismo contador pueda encargarse de la liquidación tanto del patrimonio conyugal como del hereditario. Añádase que la equivalencia subjetiva de los sujetos legitimados está prevista, ya que los herederos del cónyuge fallecido están legitimados para solicitar la liquidación del régimen económico matrimonial junto con el cónyuge viudo (art. 810.1 LEC) y, del mismo modo, el cónyuge viudo está llamado al proceso de división de la herencia con arreglo al art. 783.2 LEC (sin perjuicio de su legitimación, también, como heredero del causante).

93. Sin embargo, ni la ley ni la jurisprudencia aquí reseñadas se pronuncian expresamente sobre la posibilidad de acumular a nivel interno las acciones relativas a la extinción de efectos económicos en las parejas de hecho con la de división de la herencia. Ello se debe, quizás, a la falta de atención del legislador nacional a la hora de dar un régimen jurídico de carácter nacional a este tipo de uniones de hecho, lo cual habría conllevado reformas relevantes desde el punto de vista procesal. Pero aun cuando fuese otro el régimen económico que observaran los miembros de la unión de hecho, toda vez que realicen adquisiciones en común de bienes, derechos o deudas, la división o reparto de los mismos podría ser relevante para concretar el conjunto del patrimonio sucesorio objeto de partición en la sucesión de la pareja fallecida. Con todo, no es que la legislación no prevea la posibilidad de acumular acciones y procedimientos en estos casos; sino que dicha posibilidad, lejos de ser un supuesto específico de concentración procesal, quedará sometida a los requisitos generales que exige la acumulación en los arts. 71 y ss. LEC.

V. Conclusiones

94. El art. 4 tanto del RREM como del REPUR constituyen un mecanismo sofisticado de concentración de competencia judicial internacional con el RSE. Es de esperar que estos tres Reglamentos tengan que interactuar en caso de fallecimiento de un cónyuge o miembro de una unión registrada. Por lo tanto, es un acierto que el legislador europeo se haya preocupado expresamente de prever, y de dar naturaleza imperativa a esa interconexión. No es la única que prevé, pues del mismo modo, existen reglas especiales de coordinación entre el RREM y el RBII *ter*, ante el fenómeno del divorcio; o entre

¹⁰⁰ ECLI:ES:TS:2023:1434. Antes de esta sentencia, existía disparidad doctrinal y jurisprudencial sobre la posibilidad de esta acumulación. Una primera corriente, bastante mayoritaria, entendía que se trataba de dos procesos independientes, con diferente regulación, que debían tramitarse secuencialmente (primero la liquidación y luego la partición). Desde otra toma de postura, se entendía que ambas acciones y sus respectivos procedimientos no eran incompatibles entre sí y que procedía su acumulación (salvo en supuestos de especial complejidad) porque redundaría en mayor agilidad y economía procesal (corriente a la que ahora parece acogerse el TS), *vid.* M.ª Pous de la Flor, “La acción de división de la herencia y el procedimiento previo de la liquidación del régimen económico de gananciales: Nulidad, rescisión y modificación de la partición”, en F. Lledó Yagüe (dir.) / M.ª P. Ferrer Vanrell (dir.) / J. Á. Torres Lana (dir.) / Ó. Monje Balmaseda (coord.), *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 1256-1261; C. Sánchez Hernández, “Ganancialidad y división judicial de la herencia: dos acciones y un solo procedimiento”, en J. Ramos Prieto (coord.) / C. Hornero Méndez (coord.) / J. M. Macarro Osuna (ed.), *Derecho y fiscalidad de las sucesiones mortis causa en España: una Perspectiva multidisciplinar*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 291-308; R. Romero Candau, “El procedimiento para la división de la herencia”, en *ibid.* pp. 273-274.

el REPUR y las normas de competencia en materia de extinción de la unión registrada (art. 5, respectivamente, de cada uno de los Reglamentos de 2016). Todas estas previsiones son acertadas en la medida en que buscan evitar la fragmentación del litigio que es consecuencia de la exclusión material de estas cuestiones conexas en los respectivos ámbitos de aplicación de los Reglamentos.

95. Sin embargo, el art. 4 RREM y REPUR no cubre todo el espectro de posibles interacciones que pueden darse en torno al estatuto patrimonial del cónyuge viudo. Soluciona, si acaso, parte del problema de interacción objetiva, al sortear la mutua exclusión material entre el RREM, el REPUR y el RSE (arts. 1.d) de cada Reglamento). Sin embargo, si se tiene en cuenta el estatuto patrimonial del cónyuge viudo y de la pareja supérstite como institución compleja donde, además, de la correlación entre régimen económico y sucesorio, confluyen tanto aspectos del estado civil vinculados al matrimonio o unión registrada como posibles efectos de los actos de planificación y disposición patrimonial, llegamos a la conclusión de que la interacción de los arts. 4. RREM y REPUR ha de completarse con otras normas.

96. A veces, la normativa europea permite cubrir parte de los vacíos que esta concentración de competencia no cubre. Por ejemplo, el RBII *ter* permitiría solventar cuestiones de competencia en materia de nulidad *post mortem* del matrimonio o de reconocimiento de resoluciones en materia de crisis matrimoniales que comprometen la legitimación sucesoria del supérstite. Igualmente, el RBI *bis* permitiría solventar las cuestiones de competencia judicial internacional relativas a aquellos actos alternativos de planificación patrimonial con efectos *post mortem* que escapan a los instrumentos sucesorios. En este límite material, como se observa, la competencia del juez civil o mercantil para conocer de la validez de los *will-substitutes* tiene que convivir con la competencia del juez sucesorio para determinar su colación e imputación a los derechos sucesorios.

97. Sin embargo, otras cuestiones quedan fuera incluso del ámbito de aplicación de todo instrumento europeo. A nivel subjetivo, destaca la falta de cobertura jurídica para garantizar el reconocimiento del matrimonio o la unión registrada en cuanto tal, y no de las crisis matrimoniales. Del mismo modo, la extinción de las uniones registradas también escapa al ámbito del RBII *ter*. A nivel procesal, sobre todo, se puede corroborar que la interacción del art. 4 RREM y REPUR no es del todo eficiente en el caso de que sean los notarios quienes lleven a cabo la distribución de los derechos a la muerte de uno de los cónyuges o miembros de la pareja. Igualmente, la concentración de la competencia judicial internacional no alcanza a la competencia judicial interna, si bien en este punto la legislación procesal ofrece la solvencia suficiente para garantizar también la concentración entre órganos judiciales españoles.

98. El jurista práctico que se enfrente a un problema de determinación de la autoridad competente para conocer del estatuto patrimonial del cónyuge viudo o de la pareja supérstite, en definitiva, deberá manejar todas las aristas posibles de una institución tan compleja. Tal y como se ha querido hacer ver en el presente artículo, ello implicará el manejo de un amplio elenco de normas, tanto de carácter internacional como internas, para favorecer una concentración jurisdiccional eficiente.

An Institution to «Give a Child a Family»? The Outdated Framework of Italian Adoption Law

¿Una institución destinada a «dar una familia a un menor»? El marco normativo obsoleto de la adopción en el ordenamiento jurídico italiano

DR. FABRIZIA CESARANO

*Contract Researcher Scuola Superiore Meridionale (IT). Honorary Fellow
University of Liverpool (UK)*

Recibido: 07.01.2026 / Aceptado: 05.02.2026

DOI: 10.20318/cdt.2026.10264

Abstract: The paper examines the Italian legal framework on adoption, highlighting both its structural and subjective limitations, which undermine its full adherence to the principle of the best interests of the child. Despite the solidaristic rationale underlying Law No. 184 of 1983, the rigid dichotomy between foster care and adoption fails to reflect the complexity of contemporary family dynamics, particularly in situations of semi-abandonment, where emotional ties with the biological family persist despite parental inadequacy. Moreover, full adoption remains conditional upon marriage, excluding unmarried couples, same-sex unions and single persons, in tension with constitutional and conventional principles of equality and family pluralism. In the absence of comprehensive legislative reform, courts have sought to address these gaps through flexible interpretations, especially via special adoption, yet such judicial solutions lack the legal certainty that only systematic legislative intervention—also in light of comparative European experiences—can provide.

Keywords: adoption, best interests of the child, family law, civil unions, social parenthood.

Resumen: El presente artículo analiza el marco jurídico italiano en materia de adopción, poniendo de relieve las limitaciones tanto estructurales como subjetivas que obstaculizan su plena conformidad con el principio del mejor interés del menor. A pesar de la *ratio* solidarista que subyace en la Ley n.º 184 de 1983, la rígida dicotomía entre acogimiento familiar y adopción no refleja la complejidad de las dinámicas familiares contemporáneas, especialmente en los supuestos de semiabandono, en los que subsisten vínculos afectivos con la familia biológica a pesar de la inidoneidad parental. Asimismo, la adopción plena sigue estando supeditada al matrimonio, excluyendo así a las parejas de hecho, a las uniones del mismo sexo y a las personas solteras, lo cual entra en conflicto con los principios constitucionales y convencionales de igualdad y pluralismo familiar. Ante la ausencia de una reforma legislativa orgánica, la jurisprudencia ha tratado de colmar estas lagunas mediante interpretaciones flexibles, especialmente a través de la adopción en casos especiales; sin embargo, tales soluciones carecen del nivel de certeza jurídica que solo una intervención legislativa sistemática – considerando también las experiencias comparadas en el ámbito europeo – puede proporcionar.

Keywords: adopción, mejor interés del menor, derecho de familia, uniones civiles, parentalidad social.

Summary: I. The Legal Framework of Adoption in the Italian Legal System: General Overview. – II. The Regulatory Context and Ratio Legis: Objective Preconditions for Adoption. 1. Adoption in the Perspective of the Best Interests of the Child. 2. The Dual-Track Protection System and the Role of Adoption as an *Extrema Ratio*. 3. The Condition of Abandonment, the Child's Right to Emotional Continuity, and Situations of Permanent Semi-Abandonment. – III. Filiation and Same-Sex Parenthood: The Subjective Preconditions for Adoption. 1. From the Paradigm of *Imitatio Naturae* to the Centrality of Filiation. 2. The Law on Civil Unions and Stepchild Adoption in the Italian System. – IV. Profiles of Inadequacy in Law No. 184/1983: Objective and Subjective Limitations. 1. Vertical Critique: In the Light of Constitutional and Supranational Principles. A) The Principle of the Best Interests of the Child; B) Constitutional Evolution and New Family Models; C) International and European Standards (ECHR and EU Law). 2. Horizontal Critique: In the Light of Judicial Practice and Comparative Models of Social Parenthood. A) The Supplementary Role of the Judiciary: Towards Flexible Models of Protection; B) The Role of Consent in the Regulation of Medically Assisted Procreation. – V. Reform Proposals for the Italian Legislator in a Comparative Perspective.

I. The Legal Framework of Adoption in the Italian Legal System: General Overview

1. Alongside parenthood based on natural conception, contemporary legal systems increasingly recognize forms of parent–child relationships established independently of biological procreation and genetic ties. Within this category fall, on the one hand, techniques of medically assisted reproduction (MAR)¹, made possible by scientific progress and allowing natural limitations on reproduction to be overcome, and, on the other, adoption, which constitutes the focus of the present study. Unlike MAP, adoption is not aimed at fulfilling a personal desire for parenthood, but pursues an intrinsically solidaristic purpose: to ensure that a child deprived of an adequate family environment may grow up within a stable, emotionally supportive context conducive to his or her personal development. This purpose is clearly reflected in the very title of Law No. 184 of 4 May 1983, significantly entitled “*The Child's Right to a Family*”², which places at the heart of the institution not the interest of adults in having a child, but rather the child's fundamental right to have a family.

2. In Italy, the legal framework governing the adoption of minors—originally introduced as an amendment within the Civil Code—has been consolidated into a special statute outside the Code: Law No. 184 of 4 May 1983, “*Regulation of Adoption and Foster Care of Minors*”, subsequently amended by Law No. 149 of 28 March 2001, which also changed the title of the statute to “*The Child's Right to a Family*.”³

Initially conceived as a means to allow childless couples to perpetuate the family name and transmit their inheritance, the institution is now centered on the placement of a child in a state of aban-

¹ Medically assisted procreation is regulated in the Italian legal system by Law No. 40 of 19 February 2004 (*Provisions on Medically Assisted Procreation*), which has been repeatedly reinterpreted by the courts. Within the scope of medically assisted reproduction techniques are also included surrogate motherhood arrangements, expressly prohibited under Article 12(6) of Law No. 40/2004. Moreover, Law No. 172 of 27 November 2024 (*Amendments to Article 12 of Law No. 40 of 19 February 2004 concerning the criminal liability for surrogacy conducted abroad*, published in the Official Gazette No. 279 of 29 November 2024 and in force since 14 December 2024) introduced paragraph 6-bis into Article 12 of Law No. 40/2004, providing that the penalties set out in paragraph 6 shall also apply where the offence is committed abroad by an Italian citizen or by a foreign national residing in Italy.

² The institution of adoption is governed by Law No. 184 of 4 May 1983 (*Regulation of the Adoption and Foster Care of Minors*), subsequently amended by Law No. 149 of 28 March 2001, which changed its title to “*The Child's Right to a Family*.” Further legislative amendments were introduced by Law No. 173 of 19 October 2015 (*Amendments to Law No. 184 of 4 May 1983 on the Right to Emotional Continuity for Children in Foster Care*) and by Law No. 107 of 29 July 2020. Most recently, the field has undergone additional systematic adjustments under the so-called Cartabia Reform (*Legislative Decree No. 149 of 10 October 2022*).

³ For a general discussion, see C.M. BIANCA, *Una nuova pagina della Cassazione sul diritto fondamentale del minore di crescere nella sua famiglia*, *Foro Italiano*, 2017, p. 3171 et seq.

donment within a new family capable of meeting his or her life needs⁴. This child-centered orientation has been expressly reaffirmed by the Italian Constitutional Court in judgment No. 221 of 2019⁵, which underscored the conceptual and axiological distance between adoption and medically assisted reproduction. The Court clarified that “*adoption is not intended to give a couple a child, but primarily to give a family to a child who lacks one*,” emphasizing that, in adoption, “*the child is already born and thus especially deserving of protection*,” whereas MAR is instead directed “*toward giving a child yet to be born to a couple, thereby fulfilling their parental aspirations*.”

This decision is particularly significant in that it critically revisited the parallel previously drawn between heterologous MAP and adoption—a connection earlier suggested by Constitutional Court judgment No. 162 of 2014⁶.

3. Despite the solidaristic rationale underlying Law No. 184 of 1983, the Italian legal framework governing adoption and foster care no longer appears fully capable of giving effective implementation to the principle of the *best interests of the child*⁷. The critical issues arise, first and foremost, at a struc-

⁴ On full adoption, see, inter alia, L. FADIGA, *L'Adozione legittimante*, in G. COLLURA, L. LENTI, M. MANTOVANI (eds.), *Filiazione*, in *Trattato di diritto di famiglia*, directed by P. ZATTI, vol. II, Milan, 2002, p. 625 et seq.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *L'adozione dei minori e l'affidamento familiare. Presupposti ed effetti*, in *Filiazione e adozione, Trattato del nuovo diritto di famiglia*, directed by G. FERRANDO, vol. III, Bologna, 2010, p. 587 et seq.; T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Turin, 2016, p. 379 et seq.

⁵ See also Italian Constitutional Court, judgment of 23 October 2019, No. 221, in *Corriere Giuridico*, 2019, p. 1460, with commentary by G. RECINTO, *La legittimità del divieto per le coppie same sex di accedere alla PMA: la Consulta tra qualche “chiarimento” ed alcuni “revirement”*, at p. 1469 et seq.; and by the same author, *La Corte costituzionale e la legittimità del divieto per coppie dello stesso sesso di ricorrere alla PMA: non può configurarsi nel nostro ordinamento un “diritto assoluto alla genitorialità”*, *Giustizia Civile Online*, 6 November 2019, p. 1 et seq. See also *Foro Italiano*, 2019, I, p. 3782 et seq., with note by G. CASABURI, “*Qui sto. Non posso fare altrimenti*”: la Consulta tiene fermo il divieto di accesso alla PMA delle coppie omosessuali (femminili); *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2020, I, p. 548 et seq., with note by V.I. BARONE, *Fecondazione eterologa e coppie di donne: per la Consulta il divieto è legittimo*; *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2020, p. 430 et seq., with note by R. FADDA, *Il conflitto assiologico nella legge n. 40/2004 tra morale kantiana e diritto alla procreazione*.

⁶ See also Italian Constitutional Court, judgment of 10 June 2014, No. 162, in *Famiglia e Diritto*, 2014, p. 753 et seq., with commentary by V. CARBONE, *Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*; *Europa e Diritto Privato*, 2014, p. 1105 et seq., with commentary by C. CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*, at p. 1117; *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2014, p. 393 et seq., with note by G. FERRANDO, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*; *Quaderni Costituzionali*, 2014, with commentary by A. RUGGERI, *La sentenza sulla fecondazione “eterologa”: la Consulta chiude al “dialogo” con la Corte EDU*, at p. 569; and G. D'AMICO, *La sentenza sulla fecondazione “eterologa”: il peccato di Ulisse*, at p. 563; *Giustizia Civile Online*, with note by M. DE MARIA, *La figura del genitore nel pensiero della Corte costituzionale*; editorial by L. LENTI, *Abbattuto un altro pilastro della legge 40: la Corte costituzionale cancella il divieto di procreazione assistita eterologa*; note by F. MITE, *La Consulta apre un'ulteriore breccia nella legge n. 40 del 2004: illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*; *Rivista di Diritto Internazionale*, 2014, p. 1123 et seq., with note by S. TONOLO, *Il diritto alla genitorialità nella sentenza della Corte costituzionale che cancella il divieto di fecondazione eterologa: profili irrisolti e possibili soluzioni*; *Diritto delle Successioni e della Famiglia*, 2015, p. 511 et seq., with note by A.G. ANNUNZIATA, *La libertà procreativa quale intima scelta individuale: la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa*.

⁷ On the concept of the *best interests of the child*, the scholarly literature is vast. Without any claim to completeness, see, among many others: P. STANZIONE, *Minori (condizione giuridica dei)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, IV, Milan, 2011, p. 725 ff., esp. p. 726 ff.; Id., *Personalità, capacità e situazioni giuridiche del minore*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1999, p. 260 ff.; Id., *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Naples, 1975, pp. 260 ff., 346 ff.; G. FERRANDO, *Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali*, in *Politica del diritto*, 1998, p. 169 ff.; F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali (artt. 315–319)*, in *Codice civile commentato*, directed by Schlesinger, Milan, 1996, p. 78 ff.; E. QUADRI, *L'interesse del minore nel sistema della legge civile*, in *Famiglia e diritto*, 1999, p. 80 ff.; M. DOGLIOTTI, *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (directed by Cicu and Messineo), vol. VI, pt. 2, Milan, 2007, p. 93 ff.; Id., *Sul concetto di diritto minorile: autonomia, favor minoris, principi costituzionali*, *ibid.*, 1977, p. 954 ff.; C. FOCARELLI, *La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di “best interests of the child”*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 981 ff.; G. BALLARANI, *La capacità autodeterminativa del minore nelle situazioni esistenziali*, Milan, 2008, p. 38 ff.; Id., *Diritti dei figli e della famiglia: antinomia o integrazione?*, in *Studi Giacobbe*, II, Milan, 2010, p. 473 ff.; Id., *La capacità autodeterminativa del minore*, in L. FALCHI, A. IACCARINO (eds.), *Legittimazione e limiti degli ordinamenti giuridici*, 2012, p. 465 ff., esp. p. 468 ff.; L. FADIGA (ed.), *Una nuova cultura dell'infanzia e dell'adolescenza. Scritti di Alfredo Carlo Moro*, Milan, 2006, p. 129 ff.; V. BUONOMO, *A vent'anni dalla Convenzione sui diritti del fanciullo*, in *Asprenas*, 2010, p. 49 ff.

See also P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in Id., *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Naples, 1979, p. 95 ff.; G. PERLINGIERI and G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Naples, 2019, esp. p. 100 ff.; V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Rivista di diritto*

tural level: the system, built upon a rigid dichotomy between foster care and adoption, fails to provide adequate protection for the so-called “grey area” cases—situations in which the child’s family of origin, though incapable of ensuring stable and adequate care, nevertheless maintains an emotional bond that should be positively valued.

To this structural rigidity must be added a subjective limitation concerning access to full adoption: the law continues to make marriage—and not civil union⁸—a necessary prerequisite, thereby excluding *de facto* couples, same-sex couples, and single persons, even where their parental suitability has been clearly demonstrated. The Italian legal system thus continues to privilege the so-called traditional forms of family relationships, consistent with a literal interpretation of Article 29 of the Italian Constitution⁹, which has historically crystallized the notion of the family as a heterosexual, marital institution, thereby restricting the system’s openness to alternative family models¹⁰.

4. Empirical data further confirm the existence of a structural imbalance between the number of couples available to adopt and the number of children actually declared adoptable. In 2022, n. 8,362 applications for national adoption were filed, compared to only 755 judgments granting so-called full adoption¹¹. Couples available for adoption therefore far outnumber the children actually adopted through domestic procedures. Nevertheless, as of 31 December 2023, approximately 15,992 minors were placed in foster care¹²—mostly under judicial orders—and 18,304 minors were living in residential facilities (communities or family homes), excluding unaccompanied foreign minors¹³. It is particularly significant that two-thirds of children in foster care and over one-fifth of those in residential facilities remain there for periods exceeding twenty-four months, in clear violation of the time limit established by Article 4(4) of Law No. 184/1983.

5. These figures portray a system incapable of ensuring the effective protection of minors experiencing family vulnerability. The fact that thousands of children remain for years in a state of legal and

civile, 2018, p. 412 ff.; L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Rivista di diritto civile*, 2016, p. 86 ff.; Id., “Best Interest of the Child” o “Best Interest of Children”, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010; E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milan, 2016, passim; J. LONG, *Il principio dei best interests e la tutela dei minori*, in F. BUFFA, M.G. CIVININI (eds.), *La Corte di Strasburgo*, VICALVI, 2019, pp. 413–418. For a broader international approach, see H. STALFORD, K. HOLLINGSWORTH, S. GILMORE (eds.), *Rewriting Children’s Rights Judgments. From Academic Vision to New Practice*, Oxford and Portland (OR), 2017, pp. 34–35; C. FENTON-GLYNN, *Surrogacy and the “Best Interests Principle”*, in K. TRIMMINGS, S. SHAKARGY, C. ACHMAD (eds.), *Research Handbook on Surrogacy and the Law*, 1st ed., Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 40–53. For a more detailed discussion of the principle, see § II.1; for a critical perspective, see § IV.1.A.

⁸ The introduction of Law No. 76/2016 on *civil unions*—while marking the legal recognition of relationships between same-sex persons—did not extend such recognition to *parent-child* relationships. Article 1(20) of Law No. 76/2016 provides that: “For the sole purpose of ensuring the effective protection of rights and the full performance of obligations deriving from the civil union between persons of the same sex, the provisions referring to marriage and the provisions containing the words ‘spouse’, ‘spouses’, or equivalent terms, wherever they appear in legislation, shall also apply to each party to the civil union between persons of the same sex. The provision in the preceding sentence shall not apply to those rules of the Civil Code not expressly referred to in this Act, nor to the provisions of Law No. 184 of 4 May 1983.” Among the rules not expressly incorporated are those governing filiation. On this point, see § III.2.

⁹ Article 29 of the Italian Constitution states: “The Republic recognizes the rights of the family as a natural society founded on marriage.” For a substantive reconstruction of this provision, also in light of the travaux préparatoires of the Constituent Assembly, see § III.

¹⁰ See also C. NARDOCCI, *Intended or New Parenthood? The Child’s Best Interest: Italy and the European Court of Human Rights*, *ERA Forum* 25 (2024), pp. 109–126, esp. p. 112.

¹¹ Data elaborated from the Directorate-General for Statistics and Organizational Analysis of the Department for the Digital Transition of Justice, Statistical Analysis and Cohesion Policies, Ministry of Justice, referring to the year 2022 (published 29 April 2024), available at https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/Adozioni_2022_parziale_G.pdf. According to this report, declarations of adoptability of minors totalled 873 for the year in question.

¹² Ministry of Labour and Social Policies, *I minorenni in affidamento familiare e nei servizi residenziali attraverso i dati SIOSS*, *Quaderni della Ricerca Sociale*, No. 61 (2023), p. 18, available at <https://www.lavoro.gov.it/notizie/pagine/dati-sui-bambini-e-gli-adolescenti-fuori-dalla-famiglia-di-origine-anno-2023>.

¹³ Id., p. 40: according to the report, when considering only minors placed in residential communities and those in foster families for at least five nights per week, the total number of minors living outside their families of origin (excluding unaccompanied foreign minors) amounts to 30,936—an increase of roughly 1 per cent over 2022, also accounting for SIOSS data integrations.

relational suspension—oscillating between prolonged foster care and institutionalization—represents the clearest symptom of the rigidity of the current legal framework, particularly in those borderline cases¹⁴ where, despite the manifest inadequacy of the parents, it is difficult to establish the statutory conditions for *abandonment*¹⁵ and the corresponding declaration of adoptability¹⁶. The result is a substantial restriction of the child's fundamental right to live and grow within a stable family environment—a right which cannot be subordinated to a formalistic conception of biological ties nor to exclusions grounded in traditional family models.

6. It is therefore difficult to maintain that the mere preservation of a formal bond with the family of origin¹⁷ can, in itself, guarantee the child's best interests, particularly where prolonged residence in foster care or in a residential facility results, in practice, in a condition of emotional and relational suspension, detrimental to the child's emotional stability and to the harmonious development of his or her personality¹⁸. Moreover, in a context where over 30,000 children live permanently outside their family of origin, reserving full adoption exclusively for married heterosexual couples appears not only anachronistic but also in clear tension with constitutional and supranational principles, as well as with the evolving conception of the family as a social formation capable of ensuring the child's full personal development, regardless of its composition.

From this perspective, the two reform trajectories—on the one hand, the need to simplify and render more flexible adoption procedures by overcoming the rigidity of the adoption/foster care dichotomy, and on the other, the necessity of broadening the category of persons eligible for full adoption—cannot be treated as distinct objectives. They must instead be understood as complementary components of a single reform strategy, coherent both with the solidaristic rationale underlying the institution and with the

¹⁴ Reference is made to the notion of *permanent semi-abandonment* (see § IV.1). Specifically, C. SARTORIS, *La moltiplicazione dei modelli adottionali e i loro rapporti sostanziali e procedurali*, in *Famiglia e diritto*, No. 1/2024, p. 50, defines as “borderline” those situations “susceptible of evolving in opposite and hardly predictable directions (either recovery or worsening of hardship), in which full adoption, with its radical effects, would constitute an excessive measure, whereas hetero-family foster care, given its institutional temporariness, would be unable to ensure a stable protective framework.”

¹⁵ Pursuant to Article 8 of Law No. 184 of 4 May 1983, “1. Minors shall be declared adoptable by the Juvenile Court of the district where they are located if it is established that they are in a situation of abandonment because they lack moral and material care from their parents or from relatives bound to provide for them, provided that such lack of care is not due to force majeure of a temporary nature. 2. The situation of abandonment shall also exist, subject to the conditions of paragraph 1, when the minors are in public or private care institutions, family-type communities, or foster care. 3. Force majeure shall not be deemed to exist when the persons referred to in paragraph 1 refuse the support measures offered by the local social services, even following the notification under Article 79-bis, and such refusal is deemed unjustified by the court. 4. The adoptability proceedings must be conducted from the outset with the legal assistance of the minor and of the parents or relatives referred to in Article 10(2).” For a broader discussion of the notion of abandonment, see § II.2.

¹⁶ For an analysis of the conditions that constitute abandonment and justify the consequent declaration of adoptability—which, as will be shown, do not adequately protect all situations of child vulnerability—see § II. In doctrine, a “misalignment” has been noted between the procedure for declaring adoptability in domestic adoptions and that applicable to intercountry adoptions, given that in the latter case the declaration is made in the child's country of origin, often without effective verification of whether family-support measures were undertaken to prevent removal. See L. BOZZI, *Criticità dell'adozione e protezione del minore. Il problema del semi-abbandono permanente e le sue possibili soluzioni*, in *Jus Civile*, 3/2023, p. 664, who observes that “it is reasonable to presume that such measures were not attempted” and further adds that “in cultural contexts where the notion of extended family predominates—and thus total abandonment is rather rare—it is almost inevitable to wonder whether such declaration is, at best, influenced by a comparison with the economic well-being and unquestionably greater opportunities that the child could enjoy if adopted by a family from the ‘wealthy Western world.’”

¹⁷ The child's right to grow up within his or her family is primarily guaranteed by Article 1(1) of Law No. 184 of 4 May 1983, which opens by recognizing “the right of the child to grow up and be educated within his or her own family,” identified as the environment naturally best suited to ensuring the child's harmonious development, overall well-being, and fulfilment of emotional, material, and moral needs. Adoption is therefore conceived as an *extrema ratio*, a residual remedy to be applied only when parenting-support measures have failed and no other solution is feasible (see § II.2).

¹⁸ Children in foster care exhibit higher rates of mental health disorders than those in the general population. The most common diagnoses include oppositional defiant disorder/conduct disorder, major depressive disorder, post-traumatic stress disorder, and reactive attachment disorder. Variables such as the type of maltreatment and placement predict mental health outcomes (see A.D. ENGLER, K.O. SARPONG, B.S. VAN HORNE, C.S. GREELEY, R.J. KEEFE, *A Systematic Review of Mental Health Disorders of Children in Foster Care, Trauma, Violence, & Abuse*, 23(1) (2020), 255–264, <https://doi.org/10.1177/1524838020941197>, originally published 2022).

evolving models of family life. Only an integrated approach, capable of combining procedural simplification with openness toward all forms of effective parenthood, can be deemed genuinely consistent with the *best interests of the child* and with the solidaristic function that adoption is designed to serve within the contemporary child law system.

7. Against this background, the present contribution aims to provide a critical analysis of the Italian law on adoption, highlighting its structural and systemic shortcomings in relation to the solidaristic function the institution is intended to fulfil. The discussion follows a logical and systematic framework: beginning with the normative structure and *ratio legis* of Law No. 184 of 1983, it first examines the objective prerequisites of adoption and the rigidity of the binary foster care–adoption model, before turning to the subjective dimension concerning access to full adoption, which remains restricted to married couples. Particular attention is given to the evolution of the concept of filiation and to the issue of same-sex parenthood in light of the Civil Unions Act.

The analysis then addresses the principal weaknesses of the current system—objectively, with regard to the criteria for establishing the child’s adoptability status and for ensuring the right of every child to grow up within a stable family environment, given that the existing framework often fails to protect “hybrid” situations, particularly those of permanent semi-abandonment; and subjectively, with respect to the persistent restrictions preventing full adoption by *de facto* couples, single persons, and same-sex unions.

The paper underscores the subsidiary role of the judiciary, which has developed flexible reinterpretations of various statutory provisions to protect the emotional relationships established by the child and to recognize family situations not contemplated by the legislature¹⁹, while nonetheless leaving a number of critical issues unresolved²⁰. The study concludes with comparative reflections and reform proposals aimed at overcoming the binary dichotomy between foster care and adoption, expanding the category of eligible adoptive parents, and constructing a unified framework consistent with constitutional principles, international and European standards, and, above all, the *best interests of the child*.

II. The Regulatory Context and *Ratio Legis*: Objective Preconditions for Adoption

1. Adoption in the Perspective of the *Best Interests of the Child*

8. Law No. 184 of 1983 provides for four distinct forms of adoption — *legitimizing adoption*²¹ (now referred to as *full adoption*²²), *intercountry adoption*²³, *special-case adoption*²⁴, and *adoption of an*

¹⁹ From this perspective, case law has reinterpreted the rules governing adoption both with regard to the recognition of the rights of the child and of prospective parents (Judgment No. 79 of 2022, which recognized the existence of a legal relationship of kinship between the adopter’s relatives and the adopted child in so-called special-case adoptions), and with regard to the gradual modification of the rigid exclusion of the family of origin in full adoption (Judgment No. 183 of 2023, which held that ties with the family of origin need not be severed, even in cases of full adoption, where the maintenance of such relationships may serve the child’s best interests).

It should be noted that in a civil-law system such as the Italian one, legislative power rests with Parliament, while the courts are entrusted solely with the application and interpretation of existing statutes. The absence of a comprehensive legislative reform thus produces an uncertain and fragmented framework, in which the recognition of family ties depends upon judicial practice and fluctuating interpretative approaches, with serious implications for legal certainty and equality of treatment among children and families.

²⁰ See § 46.

²¹ Provided for by Articles 6 et seq. of Law No. 184 of 1983.

²² The adjective “*legittimante*” is a linguistic legacy of the now-abrogated category of “legitimate children” (see *supra*, ch. 1). Despite the far-reaching reform of the law of filiation, the Italian legislature has not updated this terminology, which still appears in more recent provisions. See G. BINATO, *Filiazione e attribuzione della genitorialità. Un prospettiva europea*, Naples, 2025, p. 217, noting scholarly proposals to replace “*legittimante*” with “parental” and to rename “adoption in special cases” as “parental adoption,” in line with the new perspective of substantive equality among all forms of filiation; cf. S. STEFANELLI, *L’adozione genitoriale*, in F. ALBANO, G. CASSANO, P. CORDER, G. OBERTO (eds.), *Le tutele nella famiglia*, Milan, 2018, p. 866.

²³ Intercountry adoption: Articles 29 et seq., Law No. 184/1983; applicable where the child is foreign and lacks family care, with procedures compliant with the 1993 Hague Convention.

²⁴ Adoption in special cases: Article 44, Law No. 184/1983; this form does not sever legal ties with the family of origin and is permitted only in specific, enumerated hypotheses (e.g., a pre-existing bond with the adopter; impossibility of a pre-adoptive placement).

*adult*²⁵ — all of which, pursuant to Article 74 of the Civil Code, as amended by Law No. 219 of 2012, constitute a valid legal basis for establishing a relationship of kinship between the adoptee and the adopter, with the sole exception of the adoption of a person of full age.

9. The guiding principle of the 1983 reform²⁶ is that of the *best interests of the child* (BIC), which permeates the entirety of contemporary child law and finds its foundation both in international conventions²⁷ and, indirectly, in domestic constitutional principles²⁸. Although the notion has often been misinterpreted²⁹ — particularly in Italy, owing to a misleading translation of the formula³⁰, which has

²⁵ Adoption of adults: Articles 291 et seq. of the Civil Code; this is not aimed at child protection but at establishing a legal bond between an adult adoptee and the adopter.

²⁶ Adoption was not originally designed for the protection of children. The 1865 Civil Code reflected Roman-law roots: adoption was directed at adults and, on essentially consensual grounds, served to ensure transmission of the surname and estate to those without children or who had lost them. Even the 1942 Civil Code, though providing for adoption of minors, was not protection-oriented and continued to pursue patrimonial and succession logics. For an overview, see U. GUALAZZINI, *Adozione, diritto civile* (entry), in *Novissimo Digesto*, 290–302; G. CATTANEO, *Adozione* (entry), in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, I, Turin, 1996, 94–131; M.G. DI RENZO VILLATA, *Persone e famiglia nel diritto medievale e moderno* (entry), in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XIII, Turin, 1996, 457–527; M. TRIMARCHI (ed.), *Adozione, Quaderni di diritto civile*, Milan, 2004; L. ROSSI CARLEO, *La filiazione adottiva*, in *Diritto civile*, II, *La famiglia*, eds. N. LIPARI & P. RESCIGNO, coord. A. ZOPPINI, Milan, 2009, 441–449.

²⁷ Article 3(1) of the 1989 United Nations Convention on the Rights of the Child (CRC) provides: “*In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration*” (official English text at www.ohchr.org). Compared with the 1959 Declaration of the Rights of the Child, which first referenced the best interests, the Convention marks two advances: it broadens the duty-bearers to include not only courts but also legislatures, administrations and private entities; and it changes the wording from “*the paramount consideration*” to “*a primary consideration*,” underscoring that the child’s interest is to be given priority, though not absolute priority, and must be balanced, case by case, with other constitutionally or conventionally protected interests. The travaux préparatoires confirm this reading: S. DETRICK (ed.), *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A Guide to the “Travaux Préparatoires”*, Martinus Nijhoff, 1992, pp. 137–138. As E. LAMARQUE observes (pp. 147–148), the drafters intended that decision-makers assign the best interests “a,” not “the,” primary consideration, allowing an open balancing of all competing rights and needs. Only as regards adoption did Article 21 deliberately provide that the best interests of prospective and adopted minors be *the* paramount consideration, further highlighting the ratio underpinning the regime.

The principle has also been received at EU level by Article 24(2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, requiring Member States to treat the child’s best interests as a primary consideration in all actions concerning children. Its placement in Title III (Equality) reflects an aim to promote substantive equality grounded in childhood status, linked to the non-discrimination principle.

²⁸ Although not expressly named in the Italian Constitution, the best-interests principle is systematically derived from Articles 2, 3, 30 and 31 Const., and, through binding supranational sources—particularly Article 3 CRC and Article 24 of the EU Charter—operates as a general principle. See Constitutional Court, Judgment No. 11 of 1981 (Justice Leopoldo Elia), a landmark adoption case predating the CRC’s entry into force, later acknowledged as seminal by the Court itself: Const. Ct., Judgments No. 102 of 2020, § 4.1; No. 33 of 2021, § 5.3; No. 79 of 2022, § 5.2.3. In scholarship, see E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, Milan, 2016, passim; Id., “*Diritti fondamentali della persona di minore età e best interests of the child*,” *Giustizia Insieme*, 6 Feb. 2023.

²⁹ The European Court of Human Rights has developed a body of case law on the best-interests principle (not expressly contained in the ECHR) that has not always been linear. Both the terminology—oscillating among “paramount,” “primary,” “particular,” or “crucial”—and some outcomes reveal tensions. For example, in *Paradiso and Campanelli v. Italy* (GC, 2017) the Grand Chamber, while recognizing the child’s interest, prioritised public policy and the notion of *de facto* family life without a concrete assessment of the individual interest. A similar approach emerges in *kafala* cases (*Harroudj v. France*, 2012; *Chbihi Loudoudi v. Belgium*, 2014), where references to the child’s interest appear generic and subordinated to national policies. The *Neulinger and Shuruk* (2010) / *X v. Latvia* (2013) trajectory shows a shift from a substantive to a predominantly procedural approach, later reaffirmed in *Strand Lobben and Others v. Norway* (GC, 2019). Surrogacy cases (e.g., *K.K. v. Denmark*, 2022) even display terminological oscillations (paramount vs. primary), fuelling uncertainty in application. See further E. LAMARQUE, *Diritti fondamentali della persona di minore età e best interests of the child*, *Giustizia Insieme*, 6 Feb. 2023.

³⁰ In Italy the expression *best interests of the child* has often been rendered—following the official Italian text of Article 3(1) CRC—as the unusual singular *best interest of the child* or as the formula *superiore interesse del minore* (E. Lamarque, “*I best interests of the child*,” in *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza. Conquiste e prospettive a 30 anni dall’adozione*, AGIA, Rome, 2019, 140 ff., esp. 141). Scholarship suggests a more faithful rendering would emphasize both the plural *interests* and the superlative *best*—e.g., “the child’s *best* (i.e., most advantageous) interests” or “the optimal solution for the child”—so as not to elide the comparative balancing with other rights and needs. See E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, FrancoAngeli, Milan, 2016; Id., *I best interests of the child*, cit., esp. p. 146; G. MINGARDO & E. LAMARQUE, “*Gestazione per altri e best interests of the child*,” in F. PESCE (ed.), *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto*, Editoriale Scientifica, Naples, 2022, 123 ff.; and online at

sometimes deprived it of its substantive meaning by reducing it to a predominantly adult-centric perspective³¹ — its interpretative core remains clear.

In balancing competing interests, the child's interests must be given *primary*, though not absolute, weight. This means that where the child's interests conflict with those of the biological parents, Article 8 of the European Convention on Human Rights (ECHR) requires national authorities to strike a fair balance among all the interests at stake — a balance in which the child's interest may, though need not necessarily, prevail.

A leading authority in this regard is the judgment of the Grand Chamber in *Strand Lobben and Others v. Norway* (2019)³², followed by more recent cases, including condemnations of Italy such as *A.I. v. Italy* (2021)³³. Regardless of the nature of the family tie — whether biological, adoptive, or de facto — the assessment of the BIC requires respect for the child's capacity for discernment and his or her right to be heard. Accordingly, the principle must be anchored in the child's "right to the development of his or her personality,"³⁴ understood as the right to grow within stable and meaningful emotional relationships.

10. Within the framework of adoption law, this principle is pursued through a dual pathway: on the one hand, by recognizing the child's right to grow up and be educated within his or her family of origin; on the other, where this is not possible, by ensuring placement in a stable and harmonious family environment (*un foyer stable et harmonieux*), consistent with Article 8(2) of the 1967 Strasbourg Convention on the Adoption of Children.

In this light, the replacement of the family of origin with the adoptive family — resulting from the severance of pre-existing family ties in cases of full adoption — is designed to guarantee the child's right to grow up in an emotionally balanced environment conducive to his or her psychological and physical development. The 1983 reform thus marks the transition from a traditionally *adult-centric* conception, focused on the adult's interest in becoming a parent (including for patrimonial or succession purposes), to a *child-centred* perspective, in which the *best interests of the child* emerge as the guiding criterion for all decisions concerning parenthood and adoption³⁵.

2. The Dual-Track Protection System and the Role of Adoption as an *Extrema Ratio*

11. The system of child protection established by Law No. 184 of 1983 pursues the objective, programmatically set out in Article 1, of guaranteeing every child the right to grow up within a family capable of ensuring his or her harmonious and comprehensive development. To this end, the law provides two main instruments: foster care (*affidamento familiare*)³⁶ and adoption (*adozione*)³⁷.

Giustizia Insieme (<https://www.giustiziainsieme.it/it/minori-e-famiglia/2642-diritti-fondamentali-della-persona-di-minore-e-ta-e-best-interests-of-the-child?hitcount=0>).

³¹ The Italian experience also shows that the principle has sometimes been invoked even where the child is not yet born, e.g., in debates on surrogacy or medically assisted reproduction. See G. RECINTO, "L'interesse 'non per forza' superiore del minore," *Democrazia e diritti sociali*, 2/2024, 19–27; Id., "Il superiore interesse del minore...", *Foro italiano*, 2017, 3669 ff. For a broader international perspective, see A. DALY, *Children, Autonomy and the Courts. Beyond the Right to be Heard*, Brill Nijhoff, 2018.

³² *Strand Lobben and Others v. Norway*, Grand Chamber, 1 Sept. 2019, No. 37283/13, §§ 204, 220.

³³ *A.I. v. Italy*, First Section, 1 Apr. 2021, No. 70896/17, §§ 87, 94.

³⁴ G. RECINTO, "Stato di abbandono morale e materiale del minore: dichiarazione e revoca della adottabilità," *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 1169.

³⁵ C. SARTORIS, *Semi-abbandono e interesse del minore*, Padua, 2024, p. 14.

³⁶ For an initial study on the institution of *foster care*, see G. MANERA, *L'adozione e l'affidamento familiare*; Id., *L'affidamento familiare: disciplina attuale e prospettive di riforma*, *Dir. fam.*, 1996, 235 et seq.; A. and M. FINOCCHIARO, *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*, Milan, 1983; L. SACCHETTI, *L'affidamento dei minori*, Rimini, 1984; G. CATTANEO, *Affidamento* (entry), in *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. I, Turin, 1987, 155 et seq.; M. DOGLIOTTI, *Affidamento e adozione*, Milan, 1990; Id., *L'affidamento familiare e il giudice tutelare*, *Dir. fam.*, 1992, 82 et seq.; Id., *Modifiche alla disciplina dell'affidamento familiare, positive e condivisibili, nell'interesse del minore*, *Famiglia e diritto*, 2015, 12, 1107 et seq.; J. LONG, *I confini dell'affidamento familiare e dell'adozione*, *Dir. fam. pers.*, 2007, 1432 et seq.; G. FERRANDO, *I diritti dei minori nelle famiglie in difficoltà*, *Famiglia e diritto*, 2010, 1174 et seq.; A. CORDIANO, *Affidamenti e adozioni alla luce della legge sul diritto alla continuità affettiva*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, 255 et seq.

³⁷ For a general overview, see G. CATTANEO, *Adozione* (entry), in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, vol. I,

Foster care allows for the temporary placement of a minor with a family unit other than that of origin—preferably one that already has children—or, alternatively, with a single individual, who is entrusted with the child’s care and education for as long as necessary to enable the biological parents to restore an environment suitable for the child’s well-being. It is, therefore, a temporary and supportive measure, designed to protect the child during periods of crisis or fragility within the family of origin, without severing the affective ties that connect them.

By contrast, where the biological parents are deceased, unknown or anonymous, or where they engage in conduct—whether by action or omission—that deprives the child of the moral and material care owed to them, a situation of abandonment arises, authorising the Juvenile Court to declare the child’s adoptability pursuant to Article 8 of the same law.

12. From the foregoing, it clearly emerges that the protection of minors in situations of family vulnerability rests upon a dual-track system, in which adoption operates as an *extrema ratio*: a residual measure to be activated only when foster care, parental support interventions, or judicial measures limiting parental responsibility prove ineffective or impracticable in the specific case.

The subsidiary nature of adoption as an institution becomes particularly evident in light of its profound legal consequences for the child’s personal status. Article 27 of Law No. 184 of 1983 establishes a complex framework of constitutive and extinguishing effects that radically transform the child’s legal status³⁸.

On the constitutive side, full adoption (*adozione piena*) entails the child’s integration into a new family, which entirely replaces the family of origin, thereby creating a new filial bond: in other words, “the child acquires the status of a child born in wedlock to the adopters” (Art. 27(1)). By virtue of this new status, the child enters into kinship relations with the adopter’s relatives and acquires the correlative inheritance rights arising from the new *status filiationis*.

Conversely, and symmetrically, adoption produces extinguishing effects, since the creation of the new filial bond presupposes the termination of the previous *status filiationis* and the cessation of all legal relationships with the biological family—not only with the parents, but also with all relatives by blood (Art. 27(3)).

However, the Constitutional Court, in Judgment No. 183 of 2023, clarified that such severance cannot be regarded as absolute: in concrete cases, it is necessary to recognise the possibility of maintaining significant relationships with the family of origin, whenever this corresponds to the best interests of the child³⁹.

Turin, 1987, 94 et seq.; A. TRABUCCHI, *Adozione* (entry), in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. I, Rome, 1988, 1 et seq.; M.R. MARELLA, *Adozione* (entry), in *Digesto civile – Aggiornamento*, vol. I, Turin, 2000, 1 et seq.; L. Fadiga, *L’adozione*, Bologna, 2003; M. DOGLIOTTI, *Adozione* (entry), in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Rome, 2004, 1 et seq.; L. LENTI, *L’adozione*, in P. ZATTI (ed.), *Trattato di diritto di famiglia. Le riforme – Il nuovo diritto della filiazione*, vol. II, edited by L. LENTI & M. MANTOVANI, Milan, 2019, 415 et seq.; G. BONILINI & M. BOSELLI, *L’adozione dei minori di età*, in G. BONILINI (ed.), *Trattato di diritto di famiglia*, 2nd ed., vol. III, *La filiazione e l’adozione*, Turin, 2022, 507 et seq.

³⁸ The effects of full adoption (*adozione piena*) have been examined in particular by: F. GIARDINA, *Art. 27 of Law 4 May 1983, No. 184*, in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI, G. FRANCHI, S. SCHIPANI (eds.), *Commentary on Law No. 184/1983, Nuove leggi civili commentate*, 1984, 112 et seq.; G. CATTANEO, *Adozione*, cit., 97 et seq.; CONTI, *Art. 27 – Della dichiarazione di adozione*, in G. CIAN, G. OPPO, A. TRABUCCHI (eds.), *Commentario al Codice Civile*, vol. VI, pt. 2, Padua, 1993, 271 et seq.; M. DOGLIOTTI, *Adozione*, cit., 5 et seq.; B. CHECCHINI, *Art. 27*, in E. GABRIELLI (ed.), *Commentario del Codice civile – Della famiglia*, edited by G. DI ROSA, 2nd ed., Turin, 2018, 723 et seq.; E. AL MUREDEN, *Il cognome tra autonomia dei genitori e identità personale del figlio*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 5, 1092 et seq.

³⁹ Specifically, the Constitutional Court, in Judgment No. 183 of 2023, clarified that Article 27(3) of Law No. 184/1983 does not preclude, in particular circumstances, the preservation of the child’s emotional relationships with certain members of the family of origin, where such preservation corresponds to the child’s best interests. This consideration must already be addressed at the stage of the declaration of adoptability, since Article 19 of the same law empowers the judge to adopt “further measures in the child’s interest,” which must be crafted solely for the protection of the child, without any balancing against interests of a different nature. These cases concern the so-called *open adoption* (*adozione aperta*), to which reference is made in § IV.2(A) for further discussion and bibliography.

3. The Condition of Abandonment, the Child's Right to Emotional Continuity, and Situations of Permanent *Semi-Abandonment*

13. Precisely because of the gravity of the consequences flowing from an adoption decree, it is essential to define with clarity the legal precondition for a finding that a child is in a state of abandonment. Pursuant to Article 8 of Law No. 184 of 1983, such a condition arises where there is a lack of moral and material care by the parents or by relatives who are legally bound to provide it. In effect, since Article 147 of the Civil Code—in line with Article 30 of the Constitution—imposes upon parents the duty to maintain, instruct, and educate their children, a state of abandonment exists whenever they are gravely and permanently in default of both their duty to provide moral and emotional support and their obligation to contribute, including financially, to the child's maintenance and upbringing.

Consistent with the established case law of both national⁴⁰ and supranational courts⁴¹, a declaration that a child is adoptable (*dichiarazione dello stato di adottabilità*) may be issued only where the child's family of origin⁴²—even in its extended form⁴³—is entirely absent, as in the case of children abandoned at birth, or is affected by such grave and irreversible inadequacy as to endanger the child's physical or psychological health and to impair his or her balanced development. For the purposes of such an assessment, mere economic deprivation is not sufficient, and should rather prompt the competent welfare services to adopt appropriate support measures⁴⁴.

In all cases, the order by which the Juvenile Court declares adoptability or orders placement in foster care is grounded in a prognostic evaluation of the possibility of recovery of parental capacity. This necessarily entails a delicate balancing between, on the one hand, the need not to sever family ties prematurely, and, on the other, the equally compelling duty not to jeopardise the child's right to grow up in a stable and emotionally secure environment⁴⁵.

⁴⁰ Among many others, see: *Corte di Cassazione*, 7 October 2014, No. 21110; *Corte di Cassazione*, 18 December 2015, No. 25526; *Corte di Cassazione*, 13 January 2017, No. 782; *Corte di Cassazione*, 27 March 2018, No. 7559; *Corte di Cassazione*, 22 August 2018, No. 20954; *Corte di Cassazione*, 3 October 2019, No. 24791; *Corte di Cassazione*, 13 February 2020, Nos. 3643 and 3654; *Corte di Cassazione*, 25 January 2021, No. 1476; *Corte di Cassazione*, 17 February 2021, No. 4220; *Corte di Cassazione*, Order of 14 September 2021, No. 24727; *Corte di Cassazione*, 15 December 2021, No. 40308; *Corte di Cassazione*, 4 May 2022, No. 14077.

⁴¹ *European Court of Human Rights*, 21 January 2014, *Zhou v. Italy*, Application No. 3373/11; 16 July 2015, *Akinnibosun v. Italy*, Application No. 9056/14; 13 October 2015, *S.H. v. Italy*, Application No. 52557/14; 20 January 2022, *D.M. and N. v. Italy*, Application No. 60083/19.

⁴² On this point, see G. BALLARANI and P. SIRENA, *Il diritto dei figli di crescere in famiglia e di mantenere rapporti con i parenti nel quadro del superiore interesse del minore* (art. 315-bis c.c., inserito dall'art. 1, comma 8, l. n. 219/2012), *Nuove leggi civili commentate*, 2013, p. 534 et seq.; A. FINESSI, *Adozione legittimante e adozione c.d. "mite" tra proporzionalità dell'intervento statale e best interest of the child*, *Nuove leggi civili commentate*, 2020, p. 1343 et seq.; M.C. BIANCA, *L'interesse del minore alla propria famiglia: un interesse ancora in attesa di piena tutela*, in M. BIANCA (ed.), *The Best Interest of the Child*, Sapienza University Press, 2021, p. 255 et seq., noting that "the child's right to grow up in a family is a personality right, as it protects an essential human interest during the formative years, and that the bond with the parents must be preserved until the protection of a prevailing interest of the child—such as the right not to be subjected to violence—becomes imperative" (p. 256); E. QUADRI, *Una riflessione su "l'interesse del minore e il suo diritto a crescere in famiglia"*, in the same volume, p. 261 et seq.

⁴³ The term "family of origin" is understood, at least, to include relatives up to the fourth degree of kinship, as implicitly provided by the adoption law, which under Article 9 requires that only those who do not have such kinship and host the minor for more than six months must notify the Juvenile Court. See M. Dogliotti and F. Piccaluga, *L'art. 8 della legge sull'adozione prima e dopo la riforma del 2001*, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2003, p. 593 et seq., para. 10.

⁴⁴ See Articles 30 and 31 of the Italian Constitution and Article 1 of Law 4 May 1983, No. 184, which provides that "the parents' or parent's condition of indigence shall not constitute an obstacle to the exercise of the child's right to his or her own family. For this purpose, support and assistance measures shall be made available to the family." Cf. L. Bozzi, *Criticità dell'adozione e protezione del minore. Il problema del semi-abbandono permanente e le sue possibili soluzioni*, cit., p. 662.

⁴⁵ P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Abbandono e semi-abbandono del minore nel dialogo tra CEDU e Corti nazionali*, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020, I, p. 835, notes that "if the residual nature of adoption were to be understood as meaning that it may not be resorted to except in cases of serious and current harm, this would risk entrenching family situations where both the serious danger to the development of a very young child and the unfitness of the biological parents are already clear, effectively turning delay and hesitation—signs of lack of responsibility and empathy (often limited to adults)—into a supposed virtue. In short, the risk is that of losing the *carpe diem* and, with it, the child's concrete care, merely to remain faithful to a protocol increasingly incompatible with the tyranny of the child's own time and fragility."

14. This approach also responds to the principle of the right to continuity of affective bonds (*diritto alla continuità dei legami affettivi*). Within the conceptual framework of adoptive filiation⁴⁶, the child's interest in preserving established social and emotional relationships finds explicit recognition in several provisions, notably in Article 4(5-quinquies) of Law No. 184/1983, which requires the court, in cases where the child lacks a suitable family environment, to give priority to maintaining relationships with relatives up to the third degree and, where siblings exist, to ensure, as far as possible, their joint placement.

This provision, which represents a clear statutory acknowledgement of the significance of emotional ties with the biological family, does not, however, exclude the possibility that members of that family may prove unable to exercise a genuinely protective function. Consequently, family continuity may at times shift from being a safeguard to becoming a source of harm to the child⁴⁷.

The right to continuity of affective bonds also forms the cornerstone of the important reform of the foster care institution introduced by Law No. 173 of 19 October 2015⁴⁸, entitled “*Right to the affective continuity of boys and girls in foster care*”, which amended Law No. 184 of 4 May 1983 in the part relating to out-of-home placement (*affidamento eterofamiliare*)⁴⁹.

15. Against this background, it appears plausible that courts—even in the presence of situations marked by significant parental inadequacy, and notwithstanding the very young age of the child—tend to adopt an attitude of caution⁵⁰, refraining from departing from the principles now consolidated in both national and European case law⁵¹.

Yet, excessive postponement of judicial intervention aimed at determining the state of abandonment—in the hope of an eventual improvement in the family's circumstances—renders the severance of the bond with the family of origin increasingly complex, thereby reducing the likelihood of securing for the child a new and stable emotional environment. The risk is that of adopting an approach amounting to a form of “defensive justice”⁵², which privileges the formal preservation of the family bond over a more decisive and timely intervention truly responsive to the best interests of the child.

⁴⁶ On this issue, see G. RECINTO, *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, cit., p. 36 et seq.; A. MONTALDI, *Contraddizioni e criticità del principio della continuità affettiva nei procedimenti di adozione: continuità affettiva e affidamento familiare*, in M. BIANCA (ed.), *The Best Interest of the Child*, cit., p. 1105 et seq.

⁴⁷ Corte di Cassazione, Civil Section I, 13 May 2025 (hearing 20 March 2025), No. 12822, with a note by S.A.R. Galluzzo, *In assenza di rapporti significativi la disponibilità dei parenti non esclude lo stato di abbandono*, *IUS Famiglie*, 24 June 2025.

⁴⁸ On this topic, see M. DOGLIOTTI, *Modifiche alla disciplina dell'affidamento, positive e condivisibili, nell'interesse del minore*, *Famiglia e diritto*, 2015, p. 1107 et seq.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Sull'adozione da parte degli affidatari dopo la L. n. 173/2015*, *ibid.*, 2017, p. 602 et seq.; A. Cordiano, *Affidamenti e adozioni alla luce della nuova legge sul diritto alla continuità affettiva*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, p. 255 et seq.; A. MORACE PINELLI, *Il diritto alla continuità affettiva dei minori in affidamento familiare. Luci ed ombre della legge 19 ottobre 2015, n. 173*, *Diritto di famiglia e delle persone*, 2016, p. 303 et seq.

⁴⁹ In order to avoid harm to a child who has developed a significant relationship with the foster family that has cared for him or her for an extended period, the reform inserted Article 4(5-bis) into Law No. 184/1983, allowing the foster family—where the requirements of Article 6 of the same law are met—to apply for adoption of the fostered child.

⁵⁰ Cf. L. Bozzi, *Criticità dell'adozione e protezione del minore. Il problema del semi-abbandono permanente e le sue possibili soluzioni*, cit., p. 663.

⁵¹ The case decided by the *European Court of Human Rights*, 12 February 2019, *Minervino and Trausi v. Italy*, Application No. 63289/17, although ultimately concluded with an adoption, is emblematic. Chronology: in 2008 the family came under the supervision of social services; in 2009 the Juvenile Court ordered the placement of the children in a suitable facility due to the family's difficulties; in 2012 the children were entrusted to social services; in July 2014 the Juvenile Court suspended the applicants' parental responsibility, confirmed the children's placement, and instructed the social services to identify foster families; in February 2015 the Public Prosecutor sought the forfeiture of parental responsibility and the initiation of adoption proceedings; in April 2015 the Juvenile Court confirmed the suspension of parental responsibility; in July 2015 the Court declared the children adoptable.

⁵² L. Bozzi, *Criticità dell'adozione e protezione del minore. Il problema del semi-abbandono permanente e le sue possibili soluzioni*, cit., p. 663, observes that “it seems unrealistic to assume that judges—even in the case of a very young child where the parental and family deficiencies are significant and unlikely to be reversible—would set themselves against well-established domestic and European case law and choose to declare adoptability, unless the situation were *ictu oculi* so grave as to require such a measure. A more likely outcome is an approach inspired by *defensive justice*, whereby the decision is taken not to sever the child's bond with the family.”

16. In particular, while the structure of the institution—consistent with its underlying function of ensuring that the child grows up within a stable and permanent family environment—appears coherent in principle, it also reveals the rigidity of the normative model. As traditionally interpreted, it fails to capture the multiplicity of situations of vulnerability which, although not amounting to *abandonment* in the strict legal sense, may nonetheless significantly impair the child's best interests.

In this respect, the notion of so-called “semi-abandonment” (*semi-abbando*)—in its permanent or cyclical form—developed by juvenile case law, taken up in academic doctrine⁵³, and more recently endorsed by the Constitutional Court in Judgment No. 183 of 2023⁵⁴, is emblematic. This expression refers to a variety of circumstances in which the shortcomings of biological parents, although demonstrating an inability to provide adequate care and to foster the child's balanced emotional development, do not meet the threshold either of abandonment as defined in Article 8 of Law No. 184 of 1983, or of a merely temporary lack of a suitable family environment within the meaning of Article 2 of the same law.

Examples include cases of parents affected by drug addiction, who alternate between phases of recovery and relapse; or individuals suffering from chronic or latent psychiatric disorders, characterised by periodic exacerbations that compromise their ability to establish stable and coherent relationships with their children. In other instances, parental deficiencies do not follow a cyclical pattern but evolve linearly and progressively, tending toward chronicity—as occurs in situations of economic hardship, social marginalisation, or disabling illnesses, particularly of a psychiatric nature⁵⁵.

All such circumstances, despite their differing origins, share a common feature: the recognition of parental inadequacy does not necessarily imply the absence of an emotional bond between parent and child. Even where the parents' educational and caregiving capacities are gravely compromised, an emotional relationship may persist which—if consistent with the child's best interests—ought to be acknowledged and, insofar as possible, preserved⁵⁶.

The residual positivity of the familial bond requires national authorities to adopt appropriate measures to safeguard the child, in accordance both with Article 8 of the European Convention on Human Rights, which protects the right to respect for family life, and with the spirit and framework of Law No. 184 of 1983⁵⁷.

17. Nevertheless, the rigidity of the current legislation produces the paradoxical effect of creating a “grey area” of non-protection: the child, being ineligible for adoption, remains trapped in a regime of prolonged foster care or is placed in an institutional facility, thereby experiencing an indefinite suspension of his or her developmental trajectory and being deprived of the possibility of forming stable and lasting family relationships⁵⁸.

As a result, the principle of continuity of family ties, although formally emphasised by the legal system, may at times become an obstacle to the full realisation of the child's best interests, insofar as the preservation of the biological bond prevails over the imperative of ensuring an adequate emotional and relational environment.

⁵³ For early studies on the notion of *semi-abandonment*, see A. BATÀ and A. SPIRITO, *Semiabbando permanente e adozione mite*, *Famiglia e diritto*, 2003, p. 301 et seq.; F. LONGO, *Stato di abbandono del minore: una nozione da rimeditare?*, *Famiglia e diritto*, 2010, p. 695 et seq.; F. ASTIGGIANO, *Riflessioni in tema di stato di abbandono del minore*, *Famiglia e diritto*, 2013, p. 168 et seq.; M. RENNA, *Forme dell'abbando, adozione e tutela del minore*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, p. 1366 et seq.; A. THIENE, *Semiabbando, adozione mite, identità del minore. I legami familiari narrati con il lessico europeo*, *Famiglia e diritto*, 2020, 11, p. 1067 et seq.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Abbandono e semi-abbando del minore nel dialogo tra CEDU e Corti nazionali*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 830 et seq.; C. SARTORIS, *La tutela del minore nelle ipotesi di c.d. semi-abbando permanente*, in C. ANGIOLINI and D. SANTARPIA (eds.), *La fattispecie “liquida”: quattro casi sintomatici*, Naples, 2023, p. 105 et seq.

⁵⁴ Cf. *Corte costituzionale*, 28 September 2023, No. 183, *Foro italiano*, 2023, 12, I, p. 3302.

⁵⁵ C. SARTORIS, *Semi-abbando e interesse del minore*, cit., p. 2.

⁵⁶ C. SARTORIS, *Semi-abbando e interesse del minore*, cit., p. 19.

⁵⁷ Cf. in particular *European Court of Human Rights*, 21 January 2014 (*Zhou v. Italy*, Application No. 33773/11), *Minori-giustizia*, 2014, p. 268 et seq., with a note by F. OCCHIOGROSSO, *Con la sentenza CEDU Zhou contro l'Italia l'adozione “mite” sbarca in Europa*; *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 2, p. 155 et seq., with a note by A. PASQUALETTO, *L'adozione “mite” al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo tra precedenti giurisprudenziali e prospettive “de jure condendo”*.

⁵⁸ With the consequences highlighted above; see note No. 18.

As will be shown below, judicial practice has progressively developed flexible interpretations of the legislative framework in an effort to provide effective protection for these intermediate situations, which elude the traditional dichotomy between foster care and adoption⁵⁹.

III. Filiation and Same-Sex Parenthood: The Subjective Preconditions for Adoption

1. From the Paradigm of *Imitatio Naturae* to the Centrality of Filiation

18. From the standpoint of subjective requirements, the legal framework governing adoption continues to display a marked rigidity. Full adoption (*adozione piena*) may be applied for only by spouses who have been married for at least three years (or who have cohabited for an equivalent period), are not legally separated, are both of full age, and whose age difference with the child is between 18 and 45 years. Consequently, the law *ex lege* excludes unmarried couples, civil partners, and single persons, regardless of their affective and educational suitability.

This legislative approach—still rooted in the presupposition of marriage conceived within a heteronormative⁶⁰ framework—reveals a structural inadequacy in light of the plurality of family models now recognised within the Italian legal order. It also stands, as will be shown below, in clear tension with the constitutional principles of equality and solidarity, as well as with international and European standards on child protection.

19. The legislature's choice has traditionally been justified by reference to the paradigm of *imitatio naturae*, understood as the need to reproduce, through adoption, the scheme of biological filiation. This approach, deeply rooted in the Roman-law tradition, had even led to excluding women from the possibility of adopting, on the assumption that, since they did not exercise natural paternal authority, they could not acquire parental authority over another's child⁶¹.

Although society has profoundly changed, a strand of legal scholarship continues to invoke this paradigm, arguing that both the principle of *imitatio naturae* and that of the best interests of the child presuppose a preference for a biparental, heterosexual model of family⁶².

20. Even within such a framework, legal mechanisms have not been lacking that allow single persons to access adoption⁶³, and Law No. 184 of 1983 itself contains certain openings.

⁵⁹ See § IV.2.A).

⁶⁰ The term “heteronormativity”, originally coined by M. WARNER (*Introduction: Fear of a Queer Planet*, Social Text, 1991, 29, p. 3), refers to the set of “institutions, structures of understanding, and practical orientations that make heterosexuality seem not only coherent ... but also privileged”: see L. BERLANT and M. WARNER, *Sex in Public*, Critical Inquiry, vol. 24, 1998, no. 2, p. 547. See also P. JOHNSON, *Challenging the Heteronormativity of Marriage: The Role of Judicial Interpretation and Authority*, Social and Legal Studies, vol. 20, 2011, p. 349; A. SCHUSTER, *L'abbandono del dualismo eteronormativo della famiglia*, in idem (ed.), *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Milan–Udine, Mimesis, 2011, esp. p. 35. See more broadly A.M. LECIS COCCO ORTU, *L'omogenitorialità davanti alla Corte di Strasburgo: il lento ma progressivo riconoscimento delle famiglie con due padri o due madri*, cit., p. 98, where the author observes that “the entire body of family law norms in Europe, firmly anchored in traditional notions, has been built upon a ‘legitimation and institutionalisation of inequalities’: between husband and wife, between father and children, between married and cohabiting couples, between legitimate and ‘natural’ children and, of course, between same-sex and different-sex couples.”

⁶¹ See GAIUS, *Institutiones*, 1.104: “Feminae vero nullo modo adoptare possunt.” As is well known, early Roman adoption consisted of solemn agreements by which a *pater familias* submitted himself to the *potestas* of another (*adrogatio*), or a *filius familias* was transferred from one father's *potestas* to another's (*adoptio*): both structures were “naturally” incompatible with a woman's participation. Nonetheless, exceptions did exist. In the late Roman period, adoption was exceptionally granted to women *ex indulgentia principis ad solacium liberorum amissorum*, according to the formula preserved in Justinian's compilation (*Inst.* 1.11.10). See further S. SCIORTINO, *Sull'adozione da parte delle donne*, *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo*, 2006, pp. 1–40.

⁶² Some scholars maintain that the constitutional concept of family remains modelled upon marriage, such that the Constitution would not protect realities that depart from the principle of *imitatio naturae*—that is, those diverging from the possibility of natural procreation. See R. SENIGAGLIA, *Genitorialità*, p. 952; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milan, 2015, p. 78.

⁶³ Within the current legal framework, forms of adoption by single persons—though producing effects not equivalent to full

Paragraphs 4 and 5 of Article 25 allow full adoption by one spouse alone when, during the pre-adoptive placement, the other spouse dies, becomes legally incapacitated, or the couple separates—situations that, in effect, place the child within a single-parent household.

More explicitly, Article 44, governing adoption in special cases, provides in paragraph 1(c) (as introduced by Article 25 of Law No. 149/2001) that a non-married person may adopt a child who, being orphaned of both parents, is affected by a disability (*Article 3(1) of Law No. 104/1992*). Paragraph 3 further extends this possibility to cases in which pre-adoptive placement is not feasible.

21. In any event, the issue that most profoundly animates doctrinal and judicial debate concerns the recognition of adoptions by same-sex couples. The core of the discussion lies in the value to be ascribed to the paradigm of *imitatio naturae* and in assessing whether it still constitutes an obstacle to recognising same-sex (homoparental) adoptions.

At the European level, the case law of the European Court of Human Rights (ECtHR) has made it clear that an individual's sexual orientation cannot, in itself, serve as a ground for denying protection of parent-child relationships, nor be regarded as detrimental to the child's interests. The Court has also reaffirmed that homosexuality cannot constitute a discriminatory criterion for restricting access to adoption or similar family institutions⁶⁴.

In Italy, however, this parameter continues to underpin a legal distinction in access to marriage⁶⁵, with corresponding implications for eligibility to adopt with full legal effect. It is therefore legitimate to question whether, in light of social evolution and the transformation of the constitutional and supranational value framework, it still makes sense to invoke *imitatio naturae* as the organising principle of the adoption system—especially considering that, as Santi Romano once observed, “*law must once again be conceived as inventio*.”⁶⁶

Indeed, the family, as a fundamental social formation, has undergone profound transformations over time, evolving from a unitary conception based exclusively on marriage to a plurality of affective models, characterised by both legal and social bonds⁶⁷—diversity that the legal system can no longer afford to ignore.

adoption—have some legal recognition. In the Italian system, adoption by a single individual is permitted, on the one hand, in the civil-code institution of adult adoption (Articles 291 et seq. Civil Code), which preserves elements of the Roman model, and, on the other, in adoption in special cases under Article 44 of Law 4 May 1983, No. 184. An example is *Corte di Cassazione*, 26 June 2019, No. 17100, available at www.altalex.com, which recognised the full suitability of an elderly single woman to care for a minor. In the same vein, see *Corte costituzionale*, judgment No. 33 of 21 March 2025, declaring Article 29-bis(1) of Law 4 May 1983, No. 184 unconstitutional “insofar as it does not include single persons resident in Italy among those entitled to submit a declaration of availability to adopt a foreign minor residing abroad”—a landmark ruling. On this point, see further § IV.

⁶⁴ European case law has never recognised a right to adoption per se, but has relied on the principle of non-discrimination. Thus, where a State permits single-person adoption, it may not exclude a particular applicant solely on the ground of homosexual orientation (*ECtHR*, Grand Chamber, *E.B. v. France*, 22 January 2008, No. 43546/02). Likewise, where a State allows the adoption of a partner's biological child within heterosexual de facto unions, it may not deny that possibility to same-sex couples (*ECtHR*, Grand Chamber, *X and Others v. Austria*, 19 February 2013, No. 19010/07).

⁶⁵ The European Court of Human Rights has, however, held that there is no obligation to open marriage to same-sex couples (*ECtHR*, *Schalk and Kopf v. Austria*, 24 June 2010, No. 30141/04), since the Convention merely requires that some form of legal recognition be afforded (*ECtHR*, 21 July 2016, *Oliari and Others v. Italy*, Nos. 18766/11 and 36030/11). Consequently, if the right to adopt a partner's child is denied with respect to all de facto unions and limited to married couples, no discrimination arises even where same-sex couples are excluded from marriage (*ECtHR*, *Gas and Dubois v. France*, 15 March 2012, No. 25951/07).

⁶⁶ S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milan, 1947, reconceptualised the very perspective from which law should be viewed, describing it once again as *inventio* “*a reality immanent in the deeper strata of society, where the legislator must first seek, find, and record it*” (as quoted in P. GROSSI, *Il mondo delle terre collettive*, cit., p. 28, esp. n. 22).

⁶⁷ On the most recent cultural and doctrinal trends in Italian family law, see, among others: M. DOGLIOTTI, *Famiglia, Famiglie, Unione civile e convivenza di fatto di fronte al matrimonio*, Turin, 2025, *passim*; G. BEVIVINO, *Introduzione “critica” al diritto di famiglia. Regole e tendenze del moderno diritto delle relazioni familiari*, Turin, 2024, *passim*; U. Salanitro, *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo?*, Pisa, 2020, *passim*; and earlier, G. Amadio and F. Macario (eds.), *Diritto di famiglia*, Bologna, 2016, *passim*; A. MARGARIA, *Nuove forme di filiazione e genitorialità. Leggi e giudici di fronte alle nuove realtà*, Bologna, 2018, *passim*.

22. In Italy, this process has been accompanied by legislative reforms⁶⁸ and the introduction of new regulatory frameworks⁶⁹ which, in line with constitutional and supranational principles⁷⁰, have shifted the focus of protection from the preservation of the family as an institution to the safeguarding of the individuals who compose it, with particular attention to the rights of children.

The current legal framework therefore appears to structure the family around the concept of filiation rather than marriage⁷¹, marking a departure from the traditional model historically centred on the matrimonial bond⁷².

2. The Law on Civil Unions and *Stepchild Adoption* in the Italian System

23. Yet, despite the emergence within social reality of family units composed of same-sex partners—whether through assisted reproductive techniques abroad or through reconstituted families making use of stepchild adoption—the Italian legal system continues to display a marked gap between normative data and social experience.

The enactment of Law No. 76 of 2016 on civil unions certainly represented a step forward in the protection of same-sex couples; however, such recognition did not extend to relationships of filiation. As a result, a persistent discrepancy remains: the desire for parenthood continues to generate family projects that the legal system is unable to fully accommodate through full adoption, which remains tied to the requirement of marriage. This has the practical consequence of reducing the number of families eligible and available to welcome a child.

24. It is within this space of normative tension that judicial interpretation has developed, progressively enhancing the role of adoption in special cases (*adozione in casi particolari*) as an instrument capable of ensuring continuity and stability in the affective bonds already established by the child⁷³.

Judicial practice has, in fact, paved the way for both the recognition of stepchild adoptions and the domestic consolidation of family relationships formed abroad through procedures not permitted under Italian law, subsequently requiring their recognition within the national legal order.

⁶⁸ Beginning with the 1975 reform of family law (*Law 19 May 1975, No. 151*), which marked a fundamental turning point in Italian family law: among other things, it replaced *patria potestas* with parental authority—now termed parental responsibility—abolished the husband's marital authority, and established the equality of spouses. On this point, see P. Schlesinger, *Quarant'anni di riforme del diritto di famiglia, Famiglia e diritto*, 2015, p. 969.

⁶⁹ In particular, reference is made to the reform of filiation: Law 10 December 2012, No. 219, *Provisions on the recognition of children born out of wedlock*, and Legislative Decree 28 December 2013, No. 154, *Revision of the existing provisions on filiation*. The literature is extensive; among early commentaries see *Aa.Vv., La riforma del diritto della filiazione* (ed. C.M. Bianca), *Nuove leggi civili commentate*, 2013, p. 437 et seq.; idem, *La legge italiana conosce solo figli*, *Rivista di diritto civile*, 2013, I, p. 1 et seq. See also on the single status of child (Articles 315 et seq. Civil Code) and Law No. 40/2004.

⁷⁰ The 2012 reform of filiation draws upon the constitutional principles expressing the value of the human person (Articles 2, 3, 30 of the Constitution), as well as upon the prohibition of discrimination based on birth (Article 21 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union) and the European Convention on Human Rights (ECHR).

⁷¹ According to the most recent ISTAT Report, *Natalità e fecondità della popolazione residente – Year 2023*, births outside marriage accounted for 42.4 per cent of all births (2023), an increase of 0.8 percentage points over 2022 (41.5 per cent). The figure shows a slight rise, though less than the average annual growth recorded during 2008–2022 (+1.5 points per year). The share of births to never-married parents rose from 35 to 35.9 per cent, while births to couples including at least one previously married parent remained stable (6.6 to 6.5 per cent). For a fuller analysis, see ISTAT, *Natalità e fecondità della popolazione residente, Year 2023*, p. 1, available at <https://www.istat.it/wp-content/uploads/2024/10/Natalita-in-Italia-Anno-2023.pdf>.

⁷² Traditionally, filiation served as a means to ensure the continuity of the *pater familias* and the intergenerational transmission of property, not only in economic terms—a function pursued, in the absence of biological offspring, through the institution of adoption. For a long period, however, the overall structure of family law rested exclusively on the institution of marriage. The conceptual overlap between marriage and family meant that only the marital relationship was legally relevant for parenthood and, consequently, for filiation, which lacked autonomous legal status if not supported by a marital bond. This conception of the family made it possible to create distinctions among individuals by means of the concept of legitimacy of filiation, the legal title through which rights and duties were conferred, granting the child—by virtue of the recognised legal bond of descent—a specific status. For an overview of the historical evolution from Roman law onwards, see G. BINATO, *Filiazione e attribuzione della genitorialità. Una prospettiva europea*, Naples, 2025.

⁷³ See § IV.II.A).

25. The question of adoption by civil partners, moreover, represented one of the most controversial issues in the political and doctrinal debate that accompanied the adoption of Law No. 76 of 2016.

The so-called “Cirinnà Law” – entitled “*Regulation of civil unions between persons of the same sex and discipline of cohabitation*” – was passed also in response to strong supranational pressures.

On one side, the European Parliament, through its Resolution of 8 September 2015 on the situation of fundamental rights in the European Union (2013–2014), had urged Member States to adapt their legislation to the evolving composition of families, by making domestic laws more inclusive toward single-parent households and LGBT parenthood.

On the other side, the European Court of Human Rights, in *Oliari and Others v. Italy*, 21 July 2015 (Applications Nos. 18766/11 and 36030/11)⁷⁴, after referring to recent rulings of the Italian Constitutional Court and Court of Cassation recognising same-sex couples as social formations protected under Article 2 of the Constitution⁷⁵, found that Italy had exceeded its margin of appreciation, thereby violating Article 8 ECHR by failing to provide any legal framework for unions between persons of the same sex⁷⁶.

26. Following a heated political debate—which nearly jeopardised the approval of the reform—the discipline of civil unions was ultimately adopted only after the removal of the provisions originally concerning filiation.

Specifically, the Bill No. 2081, approved by the Senate on 25 February 2016, contained in Article 5 an amendment to Law No. 184 of 4 May 1983, intended to allow a partner in a civil union to adopt the child of the other partner (the so-called *stepchild adoption*). The provision proposed to amend Article 44(1)(b) by inserting, after the word “spouse”, the words “or by the partner in a civil union between persons of the same sex”, and, after “of the other spouse”, the phrase “or of the other partner in a civil union between persons of the same sex”.

The deletion of this provision became the political compromise that made it possible to secure the law’s passage, relegating the issue to paragraph 20 of the sole article. This paragraph, on the one

⁷⁴ European Court of Human Rights, judgment of 21 July 2015, Applications Nos. 18766/11 and 36030/11, *Oliari and Others v. Italy*; for commentary on this decision, see L. LENTI, *Prime note in margine al caso Oliari c. Italia*, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, p. 575 ff.; P. BRUNO, *Oliari contro Italia: la dottrina degli “obblighi positivi impliciti” al banco di prova delle unioni tra persone dello stesso sesso*, *Famiglia e diritto*, 2015, pp. 1073 and 555. On the significance attributed by the ECtHR to same-sex relationships also for the purpose of family reunification of a foreign partner, see *ECtHR*, judgment of 23 February 2016, Application No. 68453/13, *Pajić v. Croatia*; and, for a condemnation of Italy on this point, *ECtHR*, judgment of 30 June 2016, Application No. 51362/09, *Taddeucci and McCall v. Italy*. However, see *ECtHR*, judgment of 9 June 2016, Application No. 40183/07, *Chapin and Charpentier v. France*, where the Court underlined that there is no right to same-sex marriage, and that Article 12 ECHR, entitled “*Right to marry*” (“Men and women of marriageable age have the right to marry and to found a family according to the national laws governing the exercise of this right”), cannot be interpreted as imposing upon Member States the obligation to extend the institution of marriage to same-sex couples. See more broadly G. RECINTO, *Le genitorialità*, cit., p. 110 ff.

⁷⁵ Constitutional Court, 14 April 2010, No. 138, *Foro italiano*, 2010, I, c. 1361 ff., with comment by R. ROMBOLI, *Il diritto “consentito” al matrimonio ed il diritto “garantito” alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice “troppo” e “troppo poco”*, and F. DAL CANTO, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*; also, ibid., I, c. 1701 ff., with comment by M. COSTANTINO, *Individui, gruppi e coppie (libertà, illusioni, passati tempi)*; *Famiglia e diritto*, 2010, p. 653 ff., with note by M. GATTUSO, *La Corte costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso*; *Iustitia*, 2010, p. 311 ff., with note by M. COSTANZA, *La Corte costituzionale e le unioni omosessuali*; *Responsabilità civile*, 2010, p. 1491 ff., with note by L. MORLOTTI, *Il no della Consulta al matrimonio gay*; *Guida al diritto*, 2010, no. 19, p. 16 ff., with note by M. FIORINI, *Un ulteriore ritardo nel varo di regole ad hoc rallenta il processo di integrazione europea*; *Famiglia, persone e successioni*, 2011, p. 179 ff., with note by F.R. FANTETTI, *Il principio di non discriminazione ed il riconoscimento giuridico del matrimonio tra persone dello stesso sesso*. Also Constitutional Court, 7 July 2010, No. 276, *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, p. 3386 ff.; Constitutional Court, 5 January 2011, No. 4, *Giustizia civile*, 2011, I, p. 841 ff., with note by G. COSCO, *Le unioni omosessuali e l’orientamento della Corte costituzionale*; *Iustitia*, 2011, p. 181 ff., with note by G. CERRELLI, *Ancora un no della Consulta alle nozze tra persone omosessuali*; *Diritto di famiglia*, 2011, p. 57 ff., with note by S. BORDONALI, *Il matrimonio tra conservazione, evoluzione e fughe in avanti*. Court of Cassation, 9 February 2015, No. 2400, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, I, p. 649 ff., with note by T. Auletta, *Ammissibilità nell’ordinamento vigente del matrimonio fra persone del medesimo sesso*; *Corriere giuridico*, 2015, p. 90 ff., with note by G. FERRANDO, *Matrimonio same-sex: Corte di cassazione e principi europei a confronto*. For further references, see G. RECINTO, *Le genitorialità*, cit., pp. 110–113.

⁷⁶ P. RESCIGNO, *Il matrimonio same sex al sindacio delle Corti*, *Corriere giuridico*, 2012, p. 861 ff.; G. RECINTO, *Le genitorialità*, cit., pp. 110.

hand, extends to civil partners the general application of the provisions referring to marriage and spouses, but, on the other hand, expressly excludes the Civil Code and Law No. 184/1983⁷⁷, stipulating that, as regards adoption, “the provisions currently in force shall remain applicable.”⁷⁸

In so doing, the legislature chose not to innovate the existing adoption regime, leaving unaffected the possibility of applying the forms of adoption already provided for in the legal system—in particular, adoption in special cases under Article 44(d) of Law No. 184/1983—and entrusting the task of filling the gaps in protection for same-sex families to judicial interpretation.

27. From a different perspective, the Cirinnà Law itself, by expressly referring to Articles 2 and 3 of the Constitution, reaffirms that civil unions fall within the category of social formations in which the individual develops and fulfils his or her personality. It is therefore difficult to understand why this function of promoting personal dignity should not also extend to relationships involving minor children.

In this regard, the case law had long since excluded that sexual orientation, per se, constitutes an obstacle to parental suitability, condemning approaches based solely on the “mere prejudice” that a child’s upbringing within a same-sex family would be detrimental to his or her balanced development⁷⁹.

28. Indeed, the new law—and in particular the provision contained in paragraph 20—has given rise to a lively scholarly debate: on the one hand, those who maintain that marriage and civil unions are substantially identical, including from an axiological standpoint; and on the other, those who regard the exclusion of filiation as evidence of the structural difference between the two institutions⁸⁰.

The prevailing interpretation has been anchored in a literal reading of the provision, applying to civil partners all rules concerning spouses, with the exception of those explicitly excluded⁸¹. The general clause of equivalence set out in paragraph 20 effectively entrusts the courts with the task of determining—within the framework of adoption in special cases—whether and to what extent a parent–child relationship, already de facto established within the family unit between one partner and the child of the other, may be recognised and protected⁸², and under what limits and conditions.

⁷⁷ For a detailed examination of paragraph 20 of the law, see V. BARBA, *Le norme applicabili alle persone unite civilmente*, in *Trattato di diritto di famiglia*, directed by G. BONILINI, vol. V, Turin, 2017.

⁷⁸ This formulation appeared in the final revision of the legislative text, concurrently with the deletion of Article 5 of Bill No. 2081 (Senate).

⁷⁹ Court of Cassation, 11 January 2013, No. 601, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, p. 432, with note by C. MURGO, *Affidamento del figlio naturale e convivenza omosessuale dell’affidatario: l’interesse del minore come criterio esclusivo*; *Corriere giuridico*, 2013, p. 893, with note by L. BALESTRA, *Affidamento dei figli e convivenza omosessuale tra “pregiudizio” e interesse del minore*; *Guida al diritto*, 2013, no. 5, p. 16 ff., with note by M. Finocchiaro, *La prova sul rischio di ripercussioni negative non doveva essere posta a carico del padre*; *Famiglia e diritto*, 2013, p. 570, with note by F. RUSCELLO, *Quando il pregiudizio... è nella valutazione del pre-giudizio! A proposito dell’affidamento della prole alla madre omosessuale*; *Foro italiano*, 2013, I, c. 1193 ff., with annotation by G. CASABURI; *Giurisprudenza italiana*, 2013, p. 1036, with note by M.M. WINKLER, *La Cassazione e le famiglie ricomposte: il caso del genitore convivente con persona dello stesso sesso*, concerning the exclusive custody of a minor by his mother, a former drug addict living with a worker from her rehabilitation community. For an application of this approach in lower-court jurisprudence concerning foster care under Article 4 of Law No. 184/1983 to same-sex couples, see Juvenile Court of Palermo, 4 December 2013, *Famiglia e diritto*, 2014, p. 351 ff., with note by G. MASTRANGELO, *L’affidamento, anche eterofamiliare, di minori ad omosessuali. Spunti per una riflessione a più voci*; Juvenile Court of Bologna, 31 October 2013, *ibid.*, 2014, p. 273 ff., with note by F. TOMMASEO, *Sull’affidamento familiare di un minore a coppia omosessuale*; *Foro italiano*, 2014, I, c. 59 ff., with note by G. CASABURI, *Dai diversi modelli di adozione di minore nella giurisprudenza della Cassazione alla novellazione legislativa della nozione di stato di abbandono*.

⁸⁰ V. BARBA, *Unione civile e adozione*, cit., pp. 381–382.

⁸¹ Among those who have proposed a different interpretation, see A. SCHILLACI, *Le unioni civili tra persone dello stesso sesso: profili di diritto comparato e tenuta del principio di eguaglianza*, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2016, no. 3, p. 14; *Id.*, *Un buco nel cuore. L’adozione coparentale dopo il voto del Senato*, available at www.articolo29.it, No. 2, endorsed by G. CASABURI, *La disciplina delle unioni civili tra persone dello stesso sesso*, in G. CASABURI, I. GRIMALDI (eds.), *Unioni civili e convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76. Lettura operativa e possibili soluzioni*, Pisa, 2016, p. 76.

⁸² G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, cit., p. 19, notes that, in matters concerning the regulation of parent–child relationships within civil unions, the absence of legislative guidance leaves to the judge the entire responsibility for establishing the rules and guaranteeing the child’s right to certainty and stability in his or her relationship with those who effectively perform the parental role.

IV. Profiles of Inadequacy in Law No. 184/1983: Objective and Subjective Limitations

29. The current legal framework governing adoption, although inspired by a solidaristic rationale and formally anchored in the principle of the best interests of the child, reveals significant systemic shortcomings that undermine its actual capacity for protection.

From an objective standpoint, the persistence of a rigidly binary structure, based on the foster care–adoption dichotomy, results in unequal protection for minors in situations of family vulnerability—particularly in cases of permanent semi-abandonment—which cannot be adequately accommodated within either measure.

From a subjective standpoint, the law continues to make full adoption conditional upon marriage, thereby excluding *de facto* couples, civil partners, and single individuals, in contrast with the evolving concept of family and the constitutional and supranational principles of equality and non-discrimination.

These deficiencies—evident in both the structural and personal dimensions of the institution—necessitate a broader inquiry into the overall coherence of the legislation with constitutional and international standards, as well as into the practical resilience of the system in light of judicial practice and emerging models of social parenthood.

1. Vertical Critique: In the Light of Constitutional and Supranational Principles

A) The Principle of the *Best Interests of the Child*

30. From an objective perspective, it is necessary to question whether the continuing rigidity of the binary model—based on the alternative between foster care and adoption—truly serves the best interests of the child, which instead require flexible and individualized solutions capable of combining emotional continuity with the protection of family stability.

The reference to the best interests of the child in fact constitutes a general and open-ended clause⁸³, binding the legal system, public authorities, and all institutions to safeguard minors as a class and to protect the individual child, both in relation to himself and within his family and social relationships⁸⁴. Consequently, the principle is neither a mere rhetorical formula nor an automatically prevailing criterion in every case. Its application requires a concrete balancing of the different rights and interests involved in the adult–child relationship⁸⁵.

Adoption, designed as a remedy of last resort, to be activated only where all parental support measures have definitively failed, is often applied overcautiously. In practice, the difficulty of establishing the existence of a state of abandonment sometimes leads to an almost automatic preference for preserving the biological bond, even when that bond proves unable to ensure the child an adequate emotional and educational environment. This creates the risk of a misalignment between the rationale of

⁸³ On the correct interpretation of the general clause of the best interests of the child—and on the complex relationship between the principle of legality and the scope of judicial discretion—see L. MORMILE, *L'interesse del minore fra paradigmi (e stereotipi) sostanziali e profili processuali*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2024, no. 4, p. 1683 ff., esp. note 3, which refers to E. LAMARQUE, *Pesare le parole. Il principio dei best interests of the child come principio del miglior interesse del minore*, in *Famiglia e diritto*, 2023, p. 365 ff., and in particular p. 370, for reflections on interpretative perspectives in light of the principle of legality.

⁸⁴ G. BALLARANI, *Contenuto e limiti del diritto all'ascolto nel nuovo art. 336-bis c.c.: il legislatore riconosce il diritto del minore a non essere ascoltato*, cit., p. 841 ff. On the relationship between the development of the child's personality and the parental function, see A. NICOLUSSI, *La filiazione nella cultura giuridica europea*, in ID. (ed.), *Diritto civile della famiglia*, Milan, 2012, p. 341 ff.

⁸⁵ G. RECINTO, *L'interesse "non per forza" superiore del minore*, in *Democrazia e Diritti Sociali*, 2/2024, p. 20. The author refers to Corte d'Appello di Venezia, 6 March 2013, in *Repertorio Foro Italiano*, entry *Previdenza sociale*, no. 356, in which, in the context of a separation proceeding, the court deemed the interest of the blind non-custodial parent in retaining the family home to prevail over the minor daughter's interest in changing residence, since no particular benefit to the child had been proven—other than organizational difficulties—whereas the disabled parent's need not to disrupt his personal and working life was concrete.

the institution and its practical implementation, whereby the protection of the biological tie may prevail over the child's actual best interests.

31. A part of legal scholarship⁸⁶, emphasizing the continuity between the original and current wording of Article 8(1) of Law No. 184/1983, has argued that the declaration of adoptability should be based primarily on a quantitative assessment of the state of abandonment, measured against standards of family sufficiency, and that it may only be issued in the presence of serious and irreversible harm to the child. From this perspective, the revocation of the declaration of adoptability would always be in the child's best interests, as it serves to preserve ties with the biological family⁸⁷.

32. However, while paragraph 1 of Article 1 recognizes the child's right to grow up "within his or her family of origin," paragraph 5 of the same article—introduced by the 2001 reform—extends this horizon by affirming the "child's right to live, grow and be educated within a family."⁸⁸ This broader formulation enables a more balanced interpretation of the statute, requiring the interpreter to assess, on a case-by-case basis, whether remaining within the biological family truly serves the child's interests, or whether, conversely, it is detrimental to his or her development, making placement in another family context preferable—one capable of ensuring emotional stability, adequate care, and balanced growth.

It should therefore be recalled that "within the framework of adoption law, the legislator's focus is not primarily the protection and preservation of the biological family bond as a superior value, but rather the concrete needs of the child as a person in his or her emotional, existential, psychological, and physical dimensions."⁸⁹

The biological family is certainly worthy of protection by virtue of the right to personal identity—enshrined in Articles 7 and 8 of the UN Convention on the Rights of the Child and in Article 28 of Law No. 184/1983—which guarantees the adoptee the possibility of knowing his or her origins. However, such protection cannot be understood in abstract or automatic terms: family continuity has value only when it reflects a genuine and enduring emotional relationship; it becomes mere formalism when it serves only to preserve a biological tie devoid of real relational substance.

The principle of continuity of emotional relationships safeguards the child's right not to suffer trauma from separation, but it cannot be treated as an absolute or overriding criterion in decisions regarding placement. Maintaining contact with the biological family is justified only where it genuinely benefits the child, contributing positively to his or her stability and harmonious development. Where such ties are harmful or detrimental, full adoption may represent the only suitable means of ensuring proper psycho-physical growth.

This vision is confirmed by Article 24 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, which recognizes the child's right to maintain relationships with his or her parents "unless this is contrary to his or her interests,"⁹⁰ thereby outlining a model of family not necessarily based on biological descent, but oriented toward the realization of the child's personality and well-being.

In accordance with this approach, the Italian Constitutional Court has held that, where required by the best interests of the child, the judge may order the maintenance of meaningful relationships with biological relatives, even where a state of abandonment exists that justifies a declaration of adoptability, recognizing that the child's identity is also nourished by emotional memory and the network of relationships that shape his or her personal history⁹¹.

⁸⁶ G. RECINTO, *Le genitorialità*, cit., p. 37

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 39.

⁸⁹ *Ibidem*, pp. 36–42; see also ID., *Stato di abbandono morale e materiale del minore: dichiarazione e revoca della adottabilità*, cit., p. 1165 ff.; ID., *La situazione italiana del diritto civile sulle persone minori di età e le indicazioni europee*, cit., p. 1304 ff.

⁹⁰ G. RECINTO, *Le genitorialità*, cit., p. 36

⁹¹ See also Corte costituzionale, 28 September 2023, no. 183; Cassazione civile, 16 April 2024, no. 10278, and the note by S.A.R. GALLUZZO, *Adozione piena e legami con i genitori d'origine*, in *IUS Famiglie*, 7 June 2024.

33. From a subjective standpoint, the rigidity of the eligibility criteria for full adoption raises further concerns as to their coherence with the constitutional and supranational principles of equality and non-discrimination. The statutory exclusion of de facto couples, civil unions, and single persons—based on purely formal criteria linked to marital status or sexual orientation—appears increasingly incompatible with the solidaristic function of the institution.

Adoption is not a means of fulfilling adults' desire for parenthood, but rather a mechanism designed to guarantee the child a stable, suitable, and emotionally secure family environment. In this sense, it is in the best interests of the child to broaden the pool of eligible adopters, thereby allowing the judge to carry out a case-by-case assessment of which family arrangement best meets the child's specific needs.

B) Constitutional Evolution and New Family Models

34. An analysis of the objective and subjective limitations of the current adoption framework cannot overlook a reconsideration of the constitutional context of reference, and, in particular, the evolution of the concept of family within Italian constitutional jurisprudence. The constitutional debate on the notion of family centers on the interpretation of Article 29 of the Italian Constitution, which has traditionally been read literally, as expressing a “natural” and closed conception of the family unit, confined to heterosexual marriage.

This reading—still upheld by part of legal scholarship—treats “naturalness” as a constraint on the recognition of diverse family models. Yet, a systematic and constitutionally oriented interpretation now supports a broader and more inclusive vision of family, consistent with the pluralism of social formations recognized in the Italian constitutional order.

35. While acknowledging that the family enjoys a sphere of autonomy⁹² not susceptible to external interference⁹³, it cannot be conceived as an entity governed by supposed laws of nature⁹⁴. Indeed, Article 29 of the Constitution defines it as a “natural society founded on marriage,” but the term “natural” must not be read in a biological sense; rather, it should be understood in its historical⁹⁵ and contextual meaning, reflecting the intent of the framers of the Constitution⁹⁶.

The Constituent Assembly sought to affirm the family's existence as a social formation pre-existing the State, endowed with functional and institutional autonomy⁹⁷. This interpretation is confir-

⁹² On the idea that the family represents the locus where the dialectic of relationships among its members unfolds, thereby generating “the rules governing family relations,” see V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia ad oggi. Parte prima: dalla “famiglia-istituzione” alla “famiglia-comunità”. Centralità del rapporto e primato della persona*, in *Rivista di diritto civile*, 2013, p. 1043 ff.; see also G. BEVIVINO, *Introduzione “critica” al diritto di famiglia. Regole e tendenze del moderno diritto delle relazioni familiari*, Turin, 2023, p. 6.

⁹³ P. RESCIGNO, *Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche*, in *Famiglia*, 2002, p. 1 ff.; Id., *Immunità e privilegio*, in *Rivista di diritto civile*, 1961, p. 415 ff., where the Author notes that “among social formations, the family is undoubtedly the one most marked by immunity, that is, by impermeability to the intrusiveness of legal regulation.”

⁹⁴ P. Perlingieri, *Manuale di diritto privato*, Naples, 2024, p. 996

⁹⁵ Article 29 of the Constitution, which states: “The Republic recognizes the rights of the family as a natural society founded on marriage. Marriage is based on the moral and legal equality of the spouses, within the limits established by law to guarantee family unity,” represents—if examined diachronically—“a compromise between the positions of the Catholic and Communist factions, both represented in the Constituent Assembly”: G. BEVIVINO, *Introduzione “critica” al diritto di famiglia. Regole e tendenze del moderno diritto delle relazioni familiari*, cit., p. 1.

⁹⁶ During the preparatory works for Article 29 of the Constitution, Aldo Moro emphasized the importance of defining the family as a social fact, advocating the formula “the family is a natural society” to free it from State interference. In Moro's view, the emphasis on “natural” was meant to erect a barrier against State totalitarianism, preserving the family as a fluid, pre-social entity. The following excerpt from the minutes of the First Subcommittee of the Constitutional Drafting Committee (6 November 1946) is telling: “Moro declares that he will vote in favor of the formula, as it corresponds to a clear political concern [...] relating to the fight against State totalitarianism, which first attacks the family in order to undermine, through it, personal freedom. By declaring that the family is a natural society, the intent is to establish that the family has its own autonomous order vis-à-vis the State, which, when intervening, confronts a reality that it cannot diminish or alter.” The preparatory works are available online at www.nascitacostituzione.it.

⁹⁷ See P. RESCIGNO, *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, Giappichelli, Turin, 2000, p. XXIII. For a recon-

med by Article 30(1) of the Constitution, which safeguards the parents' right and duty to educate their children. Its purpose was to prevent public interference in educational choices—an intent made clear when compared with Article 147 of the Civil Code (1942), which required education in accordance with the “national Fascist sentiment.”

In any case, other constitutional provisions modulate the family's composition and role depending on the legislative purpose and the specific interests at stake⁹⁸.

36. Within legal scholarship, while some maintain that the constitutional framework restricts the possibility of adopting national rules on parenthood departing from the bi-parental and heterosexual model⁹⁹, the prevailing view emphasizes that family law cannot be abstracted from the historical evolution of social relations¹⁰⁰, nor can Article 29(1) be interpreted in isolation from the broader constitutional context to which it belongs¹⁰¹.

The growing recognition of forms of parenthood not based on biological ties confirms that the “naturalness” evoked by the Constitution does not correspond to genetic derivation, but rather to the pre-existence and autonomy of the family as an institution.

Read in conjunction with Articles 2, 3, 30, and 31 of the Constitution, Article 29 has thus served as the foundation for a constitutional reconstruction centered on the individual¹⁰², within his or her social formations, guaranteeing the full development of personal identity¹⁰³.

Conversely, if constitutional protection were confined solely to families founded on biological criteria, the very institution of adoption—implicitly contemplated in Articles 30 and 31 of the Constitution—would paradoxically prove incompatible with Article 29¹⁰⁴.

sideration of the meaning of the phrase “natural society founded on marriage” in Article 29 of the Constitution, see A.M. BENEDETTI, *Tutto ciò che è reale è ... naturale? Riflessioni sull'art. 29, 1° comma, Cost.*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2009, p. 589 ff.

⁹⁸ Similarly, Article 1023 of the Civil Code, which includes domestic servants of the right-holder within the family for purposes of use or habitation, does not define “family” but merely delimits the quantitative scope of such rights. Comparable considerations apply to the working family (Arts. 230-bis and 230-ter c.c.) and to the cohabiting or registered family (Law on Civil Unions, Art. 1(44)), as well as to the family unit for registry purposes, which includes persons linked by marriage, kinship, adoption, affinity, guardianship, or other emotional bonds, cohabiting and habitually residing in the same municipality, who normally satisfy their needs through pooling of income (Art. 4, *Presidential Decree 30 May 1989, No. 223*).

⁹⁹ In this sense, see R. SENIGAGLIA, *Genitorialità*, cit., p. 952; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milan, 2015, p. 78.

¹⁰⁰ Constitutional Court, 15 April 2010, No. 138, in *Gazzetta Ufficiale*, 21 April 2010, No. 16, First Special Series, para. 9 of the reasoning: “The concepts of family and marriage cannot be considered crystallized with reference to the period when the Constitution entered into force, because they possess the flexibility typical of constitutional principles and must therefore be interpreted in light not only of legal transformations but also of the evolution of society and customs.”

¹⁰¹ In connection with Article 2 of the Constitution, see G. AUTORINO, *Profili evolutivi del diritto di famiglia (Per un'introduzione storico-sistemica)*, in *Comparazione e diritto civile*, n. 2, 2018, p. 20, who clarifies that “no interpretation seems possible other than that linking Article 29 to Article 2 of the Constitution, which states that ‘the Republic recognizes and guarantees the inviolable rights of man, both as an individual and within the social groups wherein his personality is expressed.’ In this way, the expression ‘natural society’ becomes synonymous with ‘social formation,’ which receives legal protection only insofar as it performs the essential functions tied to the existence and development of individual personality.” In this regard, Carlo Arturo Jemolo's definition of “family” (as “a metajuridical reality belonging to instinct, morality, and religion rather than to the world of law,” *La famiglia e il diritto*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, III (1948–1949), Naples, 1949, p. 57 ff.) has often been recalled, albeit not always endorsed, in different periods by scholars of family law.

¹⁰² G. AUTORINO, *Profili evolutivi del diritto di famiglia (Per un'introduzione storico-sistemica)*, cit., p. 20, further notes: “If it is true—as it is—that the human person stands first in the hierarchy of constitutional values (Art. 2), and if the value of ‘human person’ constitutes the core element guaranteeing the unity of the legal system, it becomes evident that isolating paragraph 1 of Article 29 from the rest of the Constitution—particularly from its following paragraph, which refers to equality and equal dignity of the spouses, and from Article 2 as a general clause protecting the human person—is a methodological error.”

¹⁰³ Families thus acquire significance as social formations essential to the full development of the individual (Art. 2 Const.). The sphere of autonomy recognized to them is complemented by assigning parents the right-duty to maintain, instruct, and educate their children (Art. 30(1) Const.). The State's role is to ensure respect for family life and to safeguard family functions from external interference (Art. 31 Const.), with direct intervention justified only to guarantee the child's upbringing and care (Art. 30(2) Const.). As an instrument for the realization of the person, the family resolves the ambiguity of the constitutional formula, which appears to subordinate the moral and legal equality of the spouses to the need for family unity. See G. AUTORINO, *Profili evolutivi del diritto di famiglia (Per un'introduzione storico-sistemica)*, cit., p. 20.

¹⁰⁴ M.C. VENUTI, *Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di PMA e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e parti unite civilmente*, in *GenIUS*, 2018, p. 86.

37. The true directive that the Constitution sets with regard to the parent–child relationship emerges from Articles 30 and 31: the protection and care of children.

Article 30 assigns equal duties and responsibilities to both parents, irrespective of the circumstances of the child’s birth. It establishes the principle of substantial equality between children born within and outside of marriage and, in its second paragraph, provides that, in cases of parental incapacity or absence, such duties may be performed by third parties, in accordance with the paramount interest of the child.

Article 31, in turn, entrusts the State with an active role in supporting the formation of families and protecting maternity, childhood, and youth.

Within this constitutional framework, it clearly emerges that the primary function of family law is the care and protection of offspring, while the form of the family and the legal status of the parents are not determinative conditions.

The phrase “whether born within or outside of marriage,” contained in Article 30, is emblematic of the inherently neutral orientation of constitutional provisions toward the family context in which a child is born¹⁰⁵—a principle that found full expression in the 2012 reform¹⁰⁶. Following that reform, the legal notion of parenthood no longer depends on marriage or on the nature of the parental relationship.

In pursuit of an effective protection of the child’s interests, the distinction—also terminological—between legitimate and natural children was abolished. Correspondingly, marriage no longer constitutes the sole foundation of the child’s relationships with the parent’s family: kinship arises equally in cases of filiation occurring within or outside of marriage (Article 74 of the Civil Code)¹⁰⁷.

Similarly, the rules governing parental responsibility apply uniformly, regardless of the parents’ relationship status¹⁰⁸—whether they are married, cohabiting, or separated (Article 316 of the Civil Code)¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Although based on a contrasting formula, the provision already reflects the plurality of family and couple models existing at the time of the Constitution’s drafting. Contemporary scholarship, in an updated reading, includes within its scope filiation in same-sex couples joined by civil union or de facto cohabitation. On parenthood and filiation within same-sex couples under the framework of the Civil Unions Law, see L. LENTI, *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, p. 1707 ff.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Progetti di procreazione e provvedimenti di adozione*, in M. Gorgoni (ed.), *Unioni civili e convivenze di fatto. L. 20 maggio 2016, n. 76*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2016, p. 143 ff.; M. GATTUSO, *L’unione civile: tecnica legislativa, natura giuridica e assetto costituzionale*, in G. BUFFONE, M. GATTUSO, M.M. WINKLER (eds.), *Unione civile e convivenza*, Giuffrè, Milan, 2017, p. 38 ff., esp. 60 ff.; A. Belleli, *La filiazione nella coppia omosessuale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2016, p. 1819 ff.; E. QUADRI, *La tutela del minore nelle unioni civili e nelle convivenze*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, no. 4, p. 566 ff.; on adoption by civilly united couples, see V. BARBA, *Unione civile e adozione*, in *Famiglia e diritto*, 2017, no. 4, p. 381 ff.; M. FARINA, *L’adozione omogenitoriale dopo la legge 20 maggio 2016, n. 76: ubi lex voluit... tacuit?*, in *Politica del diritto*, 2017, no. 1, p. 71 ff.

¹⁰⁶ The Law No. 219 of 2012 and Legislative Decree No. 154 of 2013. For commentary—without any claim of exhaustiveness—see C.M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Rivista di diritto civile*, 2013, I, p. 1 ff.; ID., *La riforma della filiazione*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2013, p. 437 ff.; ID. (ed.), *La riforma della filiazione. Uguaglianza dei figli. Riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio. Nuova disciplina delle azioni di stato. Responsabilità genitoriale*, Padua, 2015; G. RECINTO, *La legge n. 219 del 2012: responsabilità genitoriale o astratti modelli di minori di età?*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2013, p. 1475 ff.; ID., *La genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, Naples, 2016, p. 11 ff.; M. SESTA, *L’unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Famiglia e diritto*, 2013, p. 231 ff.; G. FERRANDO, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corriere giuridico*, 2013, p. 525 ff.; A. PALAZZO, *La riforma dello status di filiazione*, in *Rivista di diritto civile*, 2013, p. 245 ff.; L. LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 2013, p. 202 ff.; R. PANE (ed.), *Nuove frontiere della famiglia. La riforma della filiazione*, Naples, 2014; G. CHIAPPETTA, *Lo stato unico di figlio*, Naples, 2014; O. CLARIZIA, *Innovazioni e problemi aperti all’indomani del decreto legislativo attuativo della riforma della filiazione*, in *Rassegna di diritto civile*, 2014, p. 597 ff.; M. PORCELLI, *La responsabilità genitoriale alla luce delle recenti modifiche introdotte dalla legge di riforma della filiazione*, in *Diritto di famiglia*, 2014, p. 1628 ff.

¹⁰⁷ Article 1 of Law No. 219 of 10 December 2012 replaced Article 74 of the Civil Code; the previous text read: “Kinship is the bond between persons descending from a common ancestor.”

¹⁰⁸ L. LENTI, *Responsabilità genitoriale. Il nuovo diritto della filiazione*, in L. LENTI and L. MANTOVANI (eds.), *Trattato di diritto di famiglia*, directed by ZATTI, *Le riforme*, vol. 2, Milan, 2019, p. 375 ff.; G. DE CRISTOFARO, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di una innovazione discutibile*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, p. 4 ff.; A. GORASSINI, *La responsabilità genitoriale come contenuto della potestà*, in M. BIANCA (ed.), *Filiazione. Commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154*, Milan, 2014, p. 93 ff.; O. CLARIZIA, *La disciplina delle responsabilità genitoriali*, in AA.VV., *La nuova disciplina della filiazione*, Rimini, 2015, p. 153 ff.

¹⁰⁹ B. SALVATORE, *Status filiationis e procreazione medicalmente assistita*, in *Liber amicorum per Paolo Pollice*, edited by C. FABRICATORE, A. GEMMA, G. GUIZZI, N. RASCIO, A. SCOTTI, 2020, p. 961.

38. It follows that the Constitution does not predetermine a model of parenthood, nor does it establish hierarchies among the various ways of becoming a parent. Rather, it outlines a mandate of care, assistance, and legal-social protection for children already born.

From this perspective, the constitutional principles of substantive equality and the protection of human dignity require that Article 29 be interpreted in light of the evolving axiological and social framework, which recognizes the plurality of family models as an expression of the free development of individual personality.

C) International and European Standards (ECHR and EU Law)

39. This approach finds continuity and further development in EU legislation and in the case law of the European Court of Human Rights, which have progressively shaped a pluralistic system of family-law protection grounded in the best interests of the child and not confined to the traditional model of heterosexual marriage. The ECHR does not define “the family” as an autonomous institution; rather, it protects certain affective relationships that may qualify as family life. In particular, Article 8 ECHR (“Right to respect for private and family life”) secures to everyone the right to respect for his or her family life, permitting state interference only where necessary and proportionate. Read together with Article 12 ECHR, which protects the right of men and women to marry¹¹⁰, and Article 5 of Protocol No. 7¹¹¹, which guarantees equality between spouses, a normative framework emerges that couples the recognition of fundamental rights with the non-discrimination guarantee in Article 14¹¹². The latter applies across the Convention and its Protocols, reinforcing their scope and ensuring that the rights recognized are enjoyed on an equal footing¹¹³. It is evident these provisions were drafted in an era in which same-sex couples and same-sex parented families were not contemplated; the texts neither aimed to include nor to exclude them, reflecting a historically heteronormative approach that still strongly marks some legal systems. Nevertheless, the progressive recognition of diverse family forms and of the equal dignity of all family members has produced—also under the influence of European legal orders—a process of “civilizing” the law of persons and civil status, oriented to reconciling family protection with the safeguarding of individual rights¹¹⁴.

¹¹⁰ The European Court of Human Rights has held that Contracting States have a positive obligation not to discriminate with regard to sex assigned at birth. Consequently, the right to marry under Article 12 ECHR includes a transgender person’s right to marry a person of their choice, provided that person is of the opposite sex; ECtHR (Grand Chamber), 11 July 2002, no. 28957/95, *Christine Goodwin v. the United Kingdom*. By contrast, the notion of marriage in Article 12 does not include a right for two persons of the same sex to marry. On this point, see first *Schalk and Kopf v. Austria* (2010); S. COOPER, *Marriage, Family, Discrimination & Contradiction: An Evaluation of the Legacy and Future of the European Court of Human Rights’ Jurisprudence on LGBT Rights*, *German Law Journal*, 2011, p. 1758; L. HODSON, *A Marriage by Any Other Name? Schalk and Kopf v. Austria*, *Human Rights Law Review*, 2011, p. 171. Most recently, concerning the lack of an obligation to register a marriage contracted abroad, see *Orlandi and Others v. Italy*; F. DEANA, *Diritto alla vita familiare e riconoscimento del matrimonio same-sex in Italia: note critiche alla sentenza Orlandi e altri c. Italia*, *Rivista di diritti comparati*, 2019, p. 153 ff. For the broader evolution of ECtHR case-law on protection of same-sex relationships, see, among others: M. C. VENUTI, *La Corte europea dei diritti dell’uomo e la non discriminazione tra coppie etero e omoaffettive*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 351 ff.; D. RUDAN, *Unioni civili registrate e discriminazione fondata sull’orientamento sessuale: il caso Vallianatos*, *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 236 ff.; C. PALADINI, *ECtHR, 21 July 2015, Oliari and Others v. Italy. The inertia of the Italian Parliament on civil unions before the Strasbourg Court*, *DPCE Online*, 2015; E. Savarese, *In margine al caso Oliari...*, *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 655 ff.

¹¹¹ The text of Article 5 of the Additional Protocol (equality between spouses) reads: “Spouses shall enjoy equality of rights and responsibilities of a civil character between them, and in their relations with their children, as to marriage, during marriage and in the event of its dissolution. This Article shall not prevent States from taking such measures as are necessary in the interests of the children.”

¹¹² Article 14 does not expressly mention sexual orientation, but prohibits any discrimination “such as on grounds of sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.” On sexual orientation as a “protected” ground, see R. WINTEMUTE, *Sexual Orientation and Human Rights...*, OUP, 1997; more generally A. M. LECIS COCCO ORTU, *L’omogenitorialità davanti alla Corte di Strasburgo...*, *Genius*, 2/2014, p. 98.

¹¹³ The prohibition in Article 14 is accessory: it can be invoked only in conjunction with another Article of the Convention or its Protocols. It thus operates as if integrated into every other provision of the Convention; B. RAINEY, E. WICKS & C. OVEY, *Jacobs, White & Ovey: The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2014, p. 546 ff.

¹¹⁴ L. BURGORGUE-LARSEN, *La jurisprudence des cours constitutionnelles européennes en droit des personnes et de la*

40. In application, the ECtHR has developed a broad interpretation of Article 8, encompassing within “family life”¹¹⁵ both de jure and de facto families, provided there is a stable and genuine emotional bond rather than merely a formal tie¹¹⁶. Thus, all relationships evidencing permanent, authentic and effective family links fall within Article 8’s protection; after all, the Convention is a living instrument to be interpreted in light of present-day conditions¹¹⁷. Accordingly, although drafted in a historically heteronormative context, these parameters have been read dynamically. As early as *Marckx v. Belgium*¹¹⁸, the Court clarified that Article 8 does not endorse exclusively the “marital family,” nor does it draw a distinction between that and family formed outside marriage; instead, it affirms each person’s subjective right to respect for family life and recognizes both negative and positive state obligations to protect de facto family ties. Likewise, in *Johnston and Others v. Ireland* (1986)¹¹⁹, the Court held that the applicants constituted a “family” under Article 8 “notwithstanding the fact that their relationship exists outside marriage.” The principle that “the notion of family life is not confined to marriage-based relationships”¹²⁰ has since been reiterated and applied in varied contexts: to relations between non-resident parents and children after divorce (*Luca v. the Republic of Moldova*, 2023, § 85); between parents and adult children with disabilities where additional factors of dependency exist (*Bierski v. Poland*, 2022, §§ 39–41, 46–47); and between biological fathers and children born out of wedlock—even potentially—where the father has shown commitment before and after birth (*A and Others v. Italy*, 2023, § 73; *Katsikeros v. Greece*, 2022, §§ 47–48; *Schneider v. Germany*, 2011, § 81).

41. The case law has thus consolidated protection of the parent–child bond, recognizing that protection from birth¹²¹ and valuing mutual companionship as an essential element of family life. It has also struck down discriminatory rules based on status or sexual orientation, by applying Article 14 in

famille, in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013/2 N° 39, pp. 227–250, spec. p. 229, referring to a “civilizational metamorphosis” (*métamorphose civilisationnelle*) of European family law—from a communitarian perspective, where family members were subject to a pater familias in the name of protecting the family unit, to an individual-rights perspective in which each family member is a rights-holder and thus personally deserving of protection.

¹¹⁵ On the content of “family life” under Article 8 ECHR, see the Guide on Article 8 – Right to respect for private and family life (ECtHR), pp. 71–72, available at the Court’s knowledge site. The Court has held that an essential element of family life is the right to live together and enjoy each other’s company (*Marckx v. Belgium*, 13 June 1979, § 31; *Olsson v. Sweden* (no. 1), 24 March 1988, § 59; *Strand Lobben and Others v. Norway* [GC], 10 September 2019, § 205), and that the concept is autonomous and depends on close de facto personal ties (*Paradiso and Campanelli v. Italy* [GC], 24 January 2017, § 140; *Johnston and Others v. Ireland*, 18 December 1986, § 56; *X, Y and Z v. the United Kingdom*, 22 April 1997, § 36; *Oliari and Others v. Italy*, 21 July 2015, § 130). Family life has been found even absent biological or legal links where stable emotional ties exist (*Moretti and Benedetti v. Italy*, 27 April 2010, § 48; *Kopf and Liberda v. Austria*, 17 January 2012, § 37; *Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg*, 28 June 2007, § 133), while it has been denied where ties were fleeting or harmful (*Ahrens v. Germany*, 22 March 2012, § 59; *Evers v. Germany*, 28 November 2002, § 52; *Paradiso and Campanelli* [GC], §§ 156–157). The Court has further stated that Article 8 does not guarantee a right to found a family or to adopt, requiring the existence—or at least the potential—of an actual family tie (*Berrehab v. the Netherlands*, 21 June 1988, § 21; *L. v. the Netherlands*, 1 June 2004, § 36; *Lazoriva v. Ukraine*, 17 April 2018, § 65).

¹¹⁶ A. C. Tedeschi, “‘Family’ and ‘Marriage’ in the ECHR,” in P. Gianniti (ed.), *La CEDU e il ruolo delle Corti*, Bologna, 2015, p. 1232.

¹¹⁷ The need for a dynamic interpretation of the Convention was first made explicit by the ECtHR in a criminal case, *Tyrer v. the United Kingdom* (25 April 1978, no. 5856/72), where the Court stated that the Convention is a “living instrument” that “must be interpreted in the light of present-day conditions.”

¹¹⁸ *Marckx v. Belgium*, 13 June 1979, no. 6833/74.

¹¹⁹ ECtHR, *Johnston and Others v. Ireland*, 18 December 1986, Series A no. 112, § 55.

¹²⁰ Contact Rights, ECHR Key Theme – Rights of the Child: Contact Rights (Registry, ECtHR, 28 February 2025), available at the Court’s knowledge site.

¹²¹ The ECtHR has clarified that, from birth, a family tie arises *ipso iure* between a child born in wedlock and his or her parents, irrespective of cohabitation (*Berrehab v. the Netherlands*, 21 June 1988, no. 10730/84, § 21). For children born out of wedlock, the de facto cohabitation of parent and child is accepted as “family life” (*Keegan v. Ireland*, 26 May 1994, no. 16969/90), whereas biological kinship alone is insufficient absent cohabitation or other factual elements showing a stable personal bond (*Kroon and Others v. the Netherlands*, 27 October 1994, no. 18535/91; *Lebbink v. the Netherlands*, 1 June 2004, no. 45582/99, § 37). More favorable to the biological father is *Anayo v. Germany*, 21 December 2010, no. 20578/07, § 60, holding that the absence of a de facto relationship does not bar Article 8 protection where the parent has demonstrated from birth the intention to establish a relationship (so-called “intended family ties”).

conjunction with Article 8¹²². In the adoption field¹²³, the Court has held that distinctions in access to adoption by single persons based on sexual orientation are discriminatory (E.B. v. France, Grand Chamber, 2008)¹²⁴, and that excluding stepchild adoption for same-sex couples, where it is available on the same terms to different-sex couples, is likewise discriminatory (X and Others v. Austria, Grand Chamber, 2013)¹²⁵. The emerging orientation defines parental status by the effective relationship of care and responsibility toward the child, rather than by mere biological or marital criteria—a line that resonates in the domestic laws of Member States which, despite their particularities, converge toward family models centered on educational and affective functions.

42. Against this backdrop, the European model no longer conceives marriage as the sole foundation of the adoptive family, but gives concrete weight to the relational, emotional and educational suitability of prospective adopters. At present, twenty-three European countries allow joint adoption by same-sex couples (including Austria, Belgium, France, Germany, the Netherlands, Portugal, Spain, Sweden, the United Kingdom, Switzerland, and, more recently, Estonia and Greece). As for adoption by single persons, it is permitted in numerous jurisdictions (including France, Germany, the United Kingdom and Spain) and has recently been recognized in Italy—at least for intercountry adoption—by Constitutional Court judgment No. 33 of 2025. According to data from the Commission for Intercountry Adoption, approximately thirteen European countries are open to intercountry adoption by single applicants without particular restrictions.**Inizio moduloFine modulo**

2. Horizontal Critique: In the Light of Judicial Practice and Comparative Models of Social Parenthood

A) The Supplementary Role of the Judiciary: Towards Flexible Models of Protection;

43. The inadequacy of the current legal framework is particularly evident in the surrogate role assumed by case law, which has progressively reinterpreted existing institutions to adapt them to new needs for the protection of the child and to the transformation of the concept of family. On the one hand, courts have sought to make the system more flexible in order to address situations of vulnerability not fully encompassed by the existing models of foster care or adoption; on the other, they have aimed to afford legal protection to family configurations excluded from statutory recognition, such as same-sex parented or “blended” families. In this way, an interpretative trend has emerged seeking to render the application of adoption and foster-care rules more adaptable through a creative adjustment of existing institutions.

44. The solutions developed follow different directions: on the one hand, the attempt to broaden the notion of “impossibility of pre-adoptive foster care” so as to extend the application of adoption in special cases (the so-called *adozione mite* or “mild adoption”¹²⁶); on the other, the perspective of a more flexible inter-

¹²² ECtHR, Guide on Article 8 of the Convention – Right to respect for private and family life, Council of Europe, 2021, p. 18, noting that Article 8 has often been examined together with Article 14; with respect to same-sex couples, the Court has underscored the constant international movement toward legal recognition of same-sex unions (Oliari and Others v. Italy, §§ 178 and 180–185), while acknowledging that States may reserve access to marriage to different-sex couples (Schalk and Kopf v. Austria, § 108).

¹²³ In 2002 the Court delivered its first decision on adoption by a homosexual person, taking a restrictive approach and treating the difference in treatment based on sexual orientation as justified by protection of the child’s health and rights (Fretté v. France, 26 February 2002, no. 36515/97). Yet in 1999 the Court had already found that denial of child custody based on a parent’s sexual orientation violates the right to respect for family life (Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, 21 December 1999, no. 33290/96). The Court later moved to a more open approach: E.B. v. France, 22 January 2008, no. 43546/02.

¹²⁴ Notably, in E.B. v. France the Court did not invoke the States’ margin of appreciation; M. C. Virucci, *Orientamento sessuale e adozione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 486.

¹²⁵ ECtHR (Grand Chamber), X and Others v. Austria, 19 February 2013, no. 19010/07.

¹²⁶ For a general introduction to the subject of “mild adoption” (*adozione mite*), see F. OCCHIOGROSSO, *Manifesto per una gi-*

pretation of the effects of full adoption (*adozione aperta* or “open adoption”¹²⁷), allowing—where compatible—the preservation of certain ties with the child’s family of origin. A further interpretative line, although less common but still significant, focuses on non-kinship foster care, suggesting a modulation of the requirement of temporariness and outlining the figure of *affidamento di lunga durata* (“long-term” or “strong” foster care¹²⁸) as a possible intermediate tool capable of combining emotional continuity with legal stability. All three approaches, though founded on different statutory premises, share a common feature: a more flexible reading of the substance or effects of existing child-protection mechanisms¹²⁹.

45. Particularly significant in this context is the reinterpretation of adoption in special cases, governed by Article 44 of Law No. 184 of 1983. Originally conceived as a residual and limited measure—since it does not sever the child’s ties with the family of origin nor create kinship relations with the adopter’s relatives—it has evolved through judicial interpretation into a genuine instrument of comprehensive child protection. This evolution has produced innovative applications, such as the model of *adozione mite* (“mild adoption”), capable of recognizing family bonds in situations of semi-permanent neglect, while avoiding unnecessary ruptures with the biological family.

Precisely this flexibility has made adoption in special cases the main legal tool for protecting family bonds formed within same-sex parented contexts. Through an extensive interpretation of Article 44, letter (d), the courts have recognized *stepchild adoption*, giving legal weight to the relationship between the child and the biological parent’s partner who shared the reproductive project and took part in the child’s care. A pivotal turning point in this development is represented by the judgment of the Court of Cassation No. 12962 of 22 June 2016¹³⁰, in which the Supreme Court, for the first time, allowed recourse to adoption in special cases pursuant to Article 44(1)(d) of Law No. 184 of 1983 in favor of the same-sex partner of the child’s biological mother. On that occasion, the Court clarified that the “impossibility of pre-adoptive placement” required by the statute may be not only factual but also legal, arising whenever such placement is not legally feasible, as in cases where the child is not in a state of abandonment because he or she is stably cared for by a parent. This ruling marked an initial judicial recognition of the legal relevance of the emotional and relational bond established between the child and the intended mother, albeit without extending to the creation of an original *status filiationis*.

ustizia minorile mite, Milan, 2009. On the Bari experience, see S. CAFFARENA, *L’adozione “mite” e il “semiabbandono”: problemi e prospettive*, *Famiglia e Diritto*, 2009, p. 393 ff.; M. FIORINI, *Corsia preferenziale all’esigenza di garantire la continuità negli affetti*, *ibid.*, 2008, p. 19 ff.; F. OCCHIOGROSSO, *I percorsi comuni alle due adozioni: adozione aperte e conoscenza delle origini*, *Minori e Giustizia*, 2003, p. 244 ff.; *Id.*, *Circolare del Presidente del Tribunale per i minorenni di Bari ai servizi territoriali*, *ibid.*, 2003, p. 278 ff.; *Id.*, *L’adozione mite due anni dopo*, *ibid.*, 2005, p. 149 ff. On the concept of “semi-permanent abandonment” and, more specifically, on *adozione mite*, see L. GIGANTE, *Le funzioni positive dell’adozione mite*, *ibid.*, 2007, p. 143 ff.; L. LAMERA, *Chi ha paura dell’adozione mite?*, *ibid.*, 2007, p. 151 ff.; AA.VV., *L’Adozione mite: giudici professionali e giudici onorari a confronto*, *Minori e Giustizia*, 2009, p. 112 ff. With reference also to the reform of filiation, see T. MONTECCHIARI, *Adozione “mite”: una forma diversa di adozione dei minori o un affidamento senza termine?*, *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2013, p. 1381 ff. Among those expressing doubts about the legitimacy of *adozione mite*: M. DOGLIOTTI, *Adozione “forte” e “mite”, affidamento familiare e novità processuali della riforma del 2001, finalmente operative*, *Famiglia e Diritto*, 2009, p. 427 ff.; A. PROTO PISANI, *Sulla c.d. giustizia minorile “mite”*, *Foro Italiano*, 2010, V, p. 303 ff.; F. SANTANERA, *L’adozione mite: una iniziativa allarmante e illegittima, mai autorizzata dal Consiglio Superiore della Magistratura*, *Prospettive Assistenziali*, 2006, p. 154 ff.; L. FADIGA, *Adozione aperta? Sì o no?*, *Prospettive Assistenziali*, 2008, p. 161 ff.; E. CECCARELLI, *L’affidamento familiare nella legge e nelle sue applicazioni*, in P. GIASANTI and E. ROSSI (eds.), *Affido forte e adozione debole. Culture in trasformazione*, Milan, 2007.

¹²⁷ The Italian Court of Cassation, 28 September 2023, No. 183, provided an extensive interpretation of Article 27(3) of Law No. 184/1983, envisaging adoption as a protective institution of dual nature: on the one hand, it remains a “full” adoption in that the adoptive family entirely replaces the biological one in legal terms; on the other, it assumes “open” characteristics, allowing the adopted child to maintain—where compatible with their best interests—affectional ties with members of the family of origin.

¹²⁸ In practice, juvenile courts, rather than resorting to flexible adoption models, often tend—so as to preserve the emotional bonds established by the child with both families—to extend periods of foster care, as permitted by Article 4(4) of Law No. 184/1983, sometimes setting a new duration, sometimes omitting to specify one, with the result that foster care is effectively prolonged until the child reaches adulthood.

¹²⁹ C. SARTORIS, *Semiabbandono del minore*, cit., p. 54.

¹³⁰ Court of Cassation, 22 June 2016, No. 12962, in *Corriere giuridico*, 2016, p. 1203 ff., with a commentary by P. MOROZZO DELLA ROCCA, “Le adozioni in caso particolare ed il caso della stepchild adoption.” For a contrary view, see: Juvenile Court of Milan, decree of 17 October 2016; Court of Cassation, 30 September 2016, No. 19599.

In this sense, the Court of Cassation has emphasized that adoption in special cases under Article 44(1)(d) of Law No. 184/1983, “in light of the current evolution of the legal system, represents the instrument that makes it possible, on the one hand, to obtain the status of child and, on the other, to recognize legally the de facto bond with the genetic parent’s partner who shared the procreative plan and participated in the child’s care from birth.”¹³¹

In this connection, the Court¹³² further observed that recourse to adoption in special cases under Article 44(1)(d) of Law No. 184 of 1983—already deemed admissible by the Court of Cassation—“constitutes a form of protection of the child’s interests that is certainly significant, yet still not fully adequate in light of constitutional and supranational principles.” In that context, the Court noted that this form of adoption does not result in the attribution of full parental status to the adopter and leaves unresolved the issue of the establishment of kinship ties between the adopted child and those whom the child perceives as grandparents, uncles, aunts, or siblings. Moreover, adoption in special cases remains structurally dependent on the consent of the biological parent, consent that may be withdrawn in situations of conflict within the couple or in the event of a breakdown of the relationship¹³³.

46. It is true that some of these critical aspects have been progressively mitigated through judicial developments: on the one hand, by the recognition of kinship ties between the adopted child and the adopter’s family (Constitutional Court, Judgment No. 79 of 2022¹³⁴); on the other, by limiting the possibility for the biological parent to withhold consent to cases in which such refusal corresponds to the child’s best interests (Court of Cassation, Order No. 25436 of 2023). Nevertheless, the Constitutional Court, in Judgment No. 68 of 2025¹³⁵, held that these corrective developments are insufficient to overcome the structural inadequacy of the institution, which remains incapable of ensuring an original *status filiationis* where this status derives from consent given to a medically assisted procreation project.

Further intrinsic limitations of adoption in special cases therefore persist—particularly where it is employed as an ex post “compensatory” mechanism for the lack of recognition of the intended mother—and may be summarized as follows. First, protection is neither immediate nor automatic: the child’s status is consolidated only upon the conclusion of judicial proceedings and produces effects solely from the moment the adoption is finalized, without guaranteeing a legally secure position from birth (Constitutional Court, Judgments Nos. 32 of 2021 and 230 of 2020). Second, the initiation of the proceedings depends exclusively on the initiative of the intended parent, which must be maintain-

¹³¹ See also Cassation, Order 2 August 2023, No. 2352, available at www.altalex.it (cf. G. RECINTO, *L’interesse non per forza superiore del minore*, *Democrazia e Diritti Sociali*, 2/2024, p. 25).

¹³² Constitutional Court, 28 January 2021, No. 33.

¹³³ A. CARRATO, *La procreazione medicalmente assistita e le tematiche connesse nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 51.

¹³⁴ Constitutional Court, 28 March 2022, No. 79, in *Famiglia e diritto*, 2022, 897 ff., with a note by M. SESTA, *Stato giuridico di filiazione dell’adottato nei casi particolari e moltiplicazione dei vincoli parentali*, and in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2022, I, 1013, with a note by M. Cinque, *Nuova parentela da adozione in casi particolari: impatto sul sistema e nati da surrogazione di maternità*, as well as in *Famiglia*, 2022, 364, with a note by C. M. BIANCA, *La Corte costituzionale e il figlio di coppia omoaffettiva. Riflessioni sull’evoluzione dei modelli di adozione*. The Constitutional Court intervened in a case concerning the registrability in Italy of a birth certificate of a child born through surrogacy, in which the intended parent had expressly requested that the ordinary court declare the existence of kinship ties between the child and the intended parent’s relatives. On the same judgment, see also M. C. VENUTI, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela tra adottato e famiglia dell’adottante secondo la Corte costituzionale*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2022, 567. See further F. AZZARRI, *L’adottato in casi particolari e l’unicità dello stato di figlio: riflessi sistematici del tramonto di un dogma*, in *GenIUS*, 24 February 2023, 1 ff.

¹³⁵ By that judgment, the Constitutional Court declared the constitutional illegitimacy of Article 8 of Law No. 40 of 2004 insofar as it fails to provide that a child born in Italy through heterologous medically assisted reproduction carried out abroad acquires the status of a recognized child of the woman who, together with the biological mother, consented to the parental project and assumed the corresponding responsibility. See Constitutional Court, 22 May 2025, No. 68, in *Famiglia e diritto*, No. 10, 2025, 887 ff., with a note by E. BILOTTI, *La Corte costituzionale e la tutela dei nati a seguito della violazione dei divieti previsti dalla legge n. 40 del 2004*. See also, in the same issue, M. DOGLIOTTI, *Differenti modi di valutare l’interesse del minore: cinque sentenze della Corte costituzionale di cui quattro pronunciate e una immaginaria*, 933 ff. On this point, see further M. DOGLIOTTI, *Famiglia, famiglie... Unione civile e convivenza di fatto di fronte al matrimonio*, Turin, 2025, 649, 920 ff.; F. DI MASI, *Le sentenze nn. 68 e 69/2025 e lo “strabismo” della Corte*, in *Questionegiustizia.it*, 2025.

ned throughout the entire duration of the proceedings, thereby exposing the child to the risk that the commitment undertaken within the parental project may lapse. Additional critical issues stem from the costs, duration, and procedural uncertainty of the proceedings, given the need for legal representation, the conduct of a complex evidentiary phase, and the involvement of social services and public security authorities pursuant to Article 57 of Law No. 184 of 1983.

Added to this is the gap in protection that arises during the period between birth and the possible completion of the adoption, during which the child remains in a condition of legal precariousness capable of affecting personal identity and the stability of family relationships—a precariousness further exacerbated by potential developments within the parental couple. Finally, it should be noted that the legal system lacks mechanisms enabling the child—or those representing the child—to autonomously initiate proceedings aimed at the recognition of parental status: in the absence of initiative by the adopter, the system fails to provide equivalent protection. Similar risks arise in cases of relationship breakdown or the death of the intended mother prior to the finalization of the adoption, circumstances that may result in the definitive loss of rights and guarantees for the child.¹³⁶

In any event, in the face of legislative inaction, it is once again the courts that have borne the responsibility of responding to the needs of same-sex families, often formed through assisted reproduction abroad or, in some cases, surrogacy practices prohibited under domestic law. Judicial intervention thus tends toward solutions which, while remaining within existing statutory limits, seek concretely to give effect to the child's best interest not to be deprived of the relationship with both parents who jointly conceived and cared for him or her from birth.

47. Within this context lies Judgment No. 33 of 2025 of the Constitutional Court, which marked a decisive turning point in the evolution of the adoption system. With this ruling, the Court declared unconstitutional the absolute ban preventing single persons from accessing intercountry adoption, contained in Article 29-bis(1) of Law No. 184/1983, insofar as—by referring to “the conditions set forth in Article 6”—it excluded unmarried and single persons from submitting an application of availability for international adoption. The Court thereby overruled the traditional approach that had recognized the legislature's broad discretion to reserve intercountry adoption to married couples alone, instead embracing an evolutionary and value-oriented interpretation of the system. In particular, the Court affirmed that nothing, in principle, prevents a single person from offering a child a stable and emotionally adequate family environment, provided such suitability is concretely ascertained by the judge, also in light of the applicant's relational and social support networks. The ruling, breaking away from the system's rigidly marital framework, recognizes the plurality of family models and the capacity of single-parent or same-sex parented households to ensure a child's balanced and harmonious development.

The Court also underscored the inconsistency of a legal order which, while prohibiting such forms of adoption domestically, allows Italian minors to be placed abroad with single or same-sex families—thus producing a systemic contradiction.

More broadly, Judgment No. 33/2025 fits within a path of progressive openness rooted in the historical development of adoption: from the Civil Code of 1865, which already permitted single persons to adopt, to Law No. 431/1967 introducing *special adoption* restricted to married couples, to Law No. 184/1983, which unified the discipline but confined single applicants to adoption in special cases. The Court also recalled its Judgment No. 79 of 2022, which had removed the limitation on the parental effects of adoption in special cases—further confirming the growing centrality of the child's best interest in the entire system.

Consistent with the constitutional ruling, the Juvenile Court of Naples subsequently issued the first order admitting a single person to initiate an international adoption procedure, marking the concrete implementation of the principles set forth by the Constitutional Court.

Judgment No. 33/2025 thus comes at a moment of particular strain for the Italian adoption system and marks a turning point: it affirms, on the one hand, the need to overcome a conception rigidly centered on marriage, and on the other, calls upon the legislature to undertake a comprehensive reform capable

¹³⁶ Italian Constitutional Court, Judgment of 22 May 2025, No. 68, § 9.3 (*Considerato in diritto*).

of ensuring the effective realization of the child's right to a family, in harmony with constitutional and international principles.

B) The Role of Consent in the Regulation of Medically Assisted Procreation

48. A further aspect for reflection arises from the comparison between the legal framework on adoption and that on medically assisted reproduction (MAR), as regulated by Law No. 40 of 19 February 2004. Unlike full adoption, which is rigidly reserved for married couples, the legislation on MAR allows access also to unmarried heterosexual couples, provided they are of age, cohabiting, and of potentially fertile age (Article 5, Law No. 40/2004). This openness is explained by the different rationale of the institution: MAR is based not on the formal bond of marriage but on informed consent and the shared parental project, as an expression of a free and conscious decision to assume joint responsibility for conceiving and raising a child. Article 6 of the same statute assigns constitutive value to consent, in that only through the joint expression of intent does entitlement to access medically assisted reproduction arise, thereby grounding a responsibility stemming from the “will [that] brings into being a person who otherwise would not have been born (Judgment No. 127 of 2020), and entailing the right of the child so born to be recognized as the child of those who intended that birth”¹³⁷. In this sense, consent constitutes the foundation of the entire legal and moral construct: parenthood does not derive from a biological or formal act, but from the shared intention to welcome and raise a child.

49. This intentional element allows a significant parallel to be drawn with adoption, in which the basis of the family bond lies not in biology but in the conscious undertaking of a project of care and responsibility toward a child. However, the fundamental difference lies in the fact that, in adoption, the child already exists and is in need of a suitable family to welcome them, whereas in MAR the parental project precedes the very birth of the child. This results in a clear systemic inconsistency: the legislature allows access to MAR for unmarried couples, yet continues to exclude such couples from full adoption—although adoption pursues precisely the same aim, namely to ensure the child a stable, emotionally balanced, and nurturing family environment conducive to their development.

50. Such an approach appears difficult to reconcile with the principle of systemic coherence and with the *best interests of the child*, of which Article 1 of Law No. 184/1983 is a direct expression. If the legal system recognizes that parental capacity may be grounded in a shared emotional and caregiving project, independent of marital status, there is no reason to exclude *a priori* that similar projects could also take shape within an adoptive pathway. It follows that, both in the sphere of MAR and in that of adoption, the decisive criterion should not be the legal form of the couple's relationship or the partners' sexual orientation, but rather the concrete suitability of the individual or couple to provide the child with a calm, emotionally stable, and morally adequate environment. From this perspective, the consistency of the system must be assessed against the solidaristic function of adoption, which cannot be reduced to a merely formal institution but must continue to serve as a dynamic instrument for the protection of the child's fundamental rights.

V. Reform Proposals for the Italian Legislator in a Comparative Perspective

51. The analysis developed so far highlights how the Italian legal system remains anchored to a traditional adoption model, centred on marriage and on a rigid dichotomy between foster care and adop-

¹³⁷ Italian Constitutional Court, 22 May 2025, No. 68, § 5 (*Considerato in diritto*). In the operative part of the judgment, the Court states that “consent is of such value as to constitute an adequate basis for the emergence of parental responsibility even in cases of dissociation between biological identity and legal identity, grounded—pursuant to Article 6 of Law No. 40 of 2004—on the joint consent to the parental project, which is deemed an appropriate legal basis for the establishment of a *status filiationis* (Judgment No. 162 of 2014),” and that “from the common commitment voluntarily undertaken derive the duties inherent in parental responsibility.”

tion—an approach increasingly misaligned with constitutional principles and with obligations arising from international and European law. Although originally conceived to protect the child by preserving the link with the family of origin, this framework has become inadequate in light of the complexity of contemporary family relationships and the many forms of parenthood that have emerged in society.

Its inadequacy is evident both from an objective standpoint—since the system remains tied to a bipolar structure unable to provide flexible responses to situations of semi-abandonment or emotional vulnerability—and from a subjective one, due to the exclusion from full adoption of entire categories of individuals, such as unmarried couples, civil unions, and single persons, who in practice may be perfectly capable of offering a child a stable and emotionally nurturing environment.

52. In this context, case law has taken on a creatively compensatory role, attempting to fill legislative gaps and adapt the institution to social reality and to the principle of the *best interests of the child*. Through an evolutionary interpretation of Article 44 of Law No. 184/1983, the courts have progressively expanded the scope of adoption in special cases, enhancing its function as a comprehensive child-protection measure and granting legal recognition to family bonds formed within same-sex parented or so-called “intentional” families. Two landmark rulings by the Constitutional Court—No. 79 of 2022 and No. 33 of 2025—represent decisive steps in this evolution: the former extended the effects of simple adoption, equating them, in terms of parental rights, with those of full adoption; the latter declared unconstitutional the absolute ban on single persons accessing intercountry adoption.

53. Nevertheless, despite this evolution of *living law*, the solutions developed remain dependent on judicial interpretation—lacking the certainty and stability that only comprehensive legislative reform can provide.

The need for a systemic revision of Law No. 184 of 1983 has therefore become increasingly urgent. It is essential to overcome the rigid dichotomy between foster care and adoption, introducing flexible protection models capable of reconciling legal stability with emotional continuity. Otherwise, in the absence of structural reform, the alarming statistics concerning children in foster care will remain largely unchanged: thousands of minors risk spending their entire childhood and adolescence in a legal limbo—without a stable family or enduring emotional bonds—with serious repercussions for their emotional and relational development. A system unable to provide definitive solutions to such suspended situations not only contradicts the solidaristic purpose of the institution but also stands in open tension with the principle of effective protection of children’s fundamental rights.

At the same time, it is necessary to broaden the pool of potential adopters, eliminating exclusions based on personal status or sexual orientation, and allowing all individuals who demonstrably possess the required aptitude to undertake the adoption process. Such an approach does not imply that adoption is always consistent with the *best interests of the child*¹³⁸, nor that there exists an absolute right to parenthood¹³⁹. Rather, it realises a principle of substantive fairness: ensuring that every child can find a family capable of welcoming them, based on a case-by-case assessment focused on the child’s superior interest.

¹³⁸ Scholars have emphasized that it cannot be assumed uncritically that adoption always and necessarily fulfils the *best interests of the child*: empirical studies have shown that, particularly in adoptions from care contexts, tensions may arise concerning the continuity of family relationships, issues of identity and the right to know one’s origins, as well as the management of post-adoption contact with biological parents and siblings. In this regard, see J. DOUGHTY, S. MEAKINGS, K. SHELTON, *Rights and Relationships of Children who are Adopted from Care*, *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 33, No. 1, 2019, pp. 1–23, which highlights that, although adoption can offer protection and stability, it is not necessarily free from critical issues concerning the full realization of children’s rights.

¹³⁹ See also G. RECINTO, *Fecondazione eterologa, scambio di embrioni, maternità surrogata, omogenitorialità: nel rapporto genitori/figli c’è ancora un po’ di spazio per i figli?*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2015, pp. 665 ff.; *Id.*, *Il superiore interesse del minore tra prospettive interne “adultocentriche” e scelte apparentemente “minorecentriche” della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Foro Italiano*, 2017, IV, p. 3669 ff.; *Id.*, *Con la decisione sulla c.d. maternità surrogata le Sezioni Unite impongono un primo “stop” al “diritto ad essere genitori”*, in *Diritto e Religioni*, 2019, pp. 560 ff.; *Id.*, *La Corte costituzionale e la legittimità del divieto per le coppie dello stesso sesso di ricorrere alla PMA: non può configurarsi nel nostro ordinamento un “diritto assoluto alla genitorialità”*, in *Il Corriere Giuridico*, 2019, p. 1460 ff.; *Id.*, *La decisione delle Sezioni Unite in materia di c.d. maternità surrogata: non tutto può e deve essere “filiazione”*, in *Diritto delle Successioni e della Famiglia*, 2019, pp. 347 ff.; *Id.*, *Un diritto che ad oggi “non può trovare spazio”: il diritto alla genitorialità*, in *Diritto e Religioni*, 2/2023, pp. 26 ff.

54. Particularly urgent, in this respect, is the need for explicit statutory regulation of *stepchild adoption*, which currently exists solely through judicial interpretation, with all the limitations that have been identified in relation to adoption in special cases¹⁴⁰. Express legislation would provide certainty to the emotional bonds formed by a child with the biological parent's partner and ensure protection for couples who have resorted abroad to medically assisted reproduction techniques not permitted under Italian law. Legislative intervention should thus aim to systematize and consolidate the case-law developments, translating them into clear rules consistent with the principles of equality, non-discrimination, and effective child protection.

55. A comparative perspective further confirms the urgency of reform. As shown by the most recent data from ILGA-Europe's *Rainbow Map 2025*¹⁴¹, Europe presents a "three-speed legal geography." In Western and Northern European countries—such as the Netherlands, Belgium, France, Germany, Spain, Portugal, Ireland, and the Scandinavian states—adoption is open to same-sex couples on the same terms as to heterosexual ones, with parental capacity and emotional stability as guiding criteria rather than the gender composition of the couple. In an intermediate position lie countries such as Italy, Greece, Slovenia, and Croatia, where judicial practice has compensated for legislative inertia by recognising, through interpretation, the possibility of protecting same-sex parental relationships via adoption in special cases or *stepchild adoption*. By contrast, many Eastern European and Balkan jurisdictions—such as Poland, Hungary, and Romania—maintain a markedly restrictive approach, excluding same-sex couples from adoption altogether and denying legal recognition to same-sex parented families, in violation of Article 14 ECHR read in conjunction with Article 8, as interpreted by the Strasbourg Court in *E.B. v. France* (2008) and *X and Others v. Austria* (2013).

Comparative experience thus demonstrates that opening adoption to same-sex couples and single persons does not distort the institution but rather strengthens its solidaristic function, shifting the focus from an abstract family model to the child's concrete well-being. From this perspective, the child's interest must be understood in a substantive and dynamic sense—as the right to live in a stable and affectionate environment, regardless of the legal form of the family that welcomes them.

56. In conclusion, aligning Italian adoption law with European and international standards requires comprehensive legislative reform capable of restoring coherence to a system now fragmented and misaligned with social reality. Only a reform that overcomes the current structural rigidity and enhances the relational function of adoption can ensure the effective realization of the child's right to grow up within a family—whatever its form—in full implementation of the constitutional and conventional principles that place the individual and their affective bonds at the centre of legal protection.

¹⁴⁰ See § 46.

¹⁴¹ Available at: <https://rainbowmap.ilga-europe.org/categories/family/>

La reparación civil transnacional de las víctimas de crímenes internacionales: *el caso Mothers of Srebrenica*

Transnational civil reparation for victims of international crimes: *the Mothers of Srebrenica case*

PAULA CISNEROS CRISTÓBAL*

Profesora Ayudante Doctor

Centro Universitario de la Defensa de Zaragoza (CUD-AGM)

ORCID: 0000-0002-7894-826X

Recibido: 14.12.2025 / Aceptado: 30.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2026.10265

Resumen: Con motivo del trigésimo aniversario del genocidio de Srebrenica (1995-2025), este artículo analiza el caso *Mothers of Srebrenica* como ejemplo de reparación civil transnacional ante la escasez de mecanismos internacionales verdaderamente eficaces para ofrecer una compensación a las víctimas de crímenes internacionales. Se examinan los límites del sistema internacional de responsabilidad y la posibilidad de reparación individual, estudiando el procedimiento seguido ante los tribunales neerlandeses. Se analizan los criterios de atribución de conducta, el control efectivo y la delimitación de la responsabilidad civil parcial de Países Bajos. Finalmente, el artículo valora el alcance y las limitaciones del proceso civil nacional como vía complementaria de acceso a la justicia en contextos de crímenes internacionales.

Palabras clave: *Mothers of Srebrenica*, genocidio, reparación civil, responsabilidad del Estado, justicia transnacional.

Abstract: On the occasion of the thirtieth anniversary of the Srebrenica genocide (1995-2025), this article examines the *Mothers of Srebrenica* case as an example of transnational civil reparation in the face of the scarcity of truly effective international mechanisms to provide compensation to victims of international crimes. It explores the limits of the international system of responsibility and the prospects for individual reparation, focusing on the proceedings before the Dutch courts. The analysis addresses the criteria for the attribution of conduct, the notion of effective control, and the delineation of the Netherlands' partial civil liability. Finally, the article assesses the scope and limitations of domestic civil proceedings as a complementary avenue for access to justice in contexts of international crimes.

Keywords: *Mothers of Srebrenica*, genocide, civil reparation, State responsibility, transnational justice.

Sumario: I. Introducción. II. El genocidio de Srebrenica y los límites del sistema internacional de reparación individual. III. El caso Mothers of Srebrenica ante los tribunales neerlandeses. 1. Los hechos jurídicamente relevantes. 2. El desarrollo del caso. 3. La sentencia del Tribunal Supremo de Países Bajos y la

*paucisne@unizar.es.

Este trabajo se enmarca en las actividades del Grupo de Investigación "CODESEL" del Centro Universitario de la Defensa - Academia General Militar. Todos los enlaces han sido verificados por última vez el 14 de diciembre de 2025.

responsabilidad del Estado neerlandés. IV. Los tribunales nacionales como vía complementaria de reparación en los crímenes internacionales. 1. El proceso civil nacional como vía complementaria de reparación. 2. La competencia judicial como condición de acceso a la reparación civil transnacional. 3. La determinación de la ley aplicable. 4. Aportaciones y límites del caso Mothers of Srebrenica. V. Consideraciones finales. Referencias bibliográficas. Jurisprudencia.

I. Introducción

1. La masacre de Srebrenica, reconocida como genocidio por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) en *Prosecutor v. Krstić*¹ y por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*², constituye uno de los episodios más devastadores del fracaso internacional en la protección de civiles durante los conflictos armados contemporáneos. Entre el 11 y el 16 de julio de 1995, más de 8.000 hombres y niños musulmanes bosnios fueron ejecutados tras la caída del enclave declarado “zona segura”³ por el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) mediante la Resolución 819 (1993) y sucesivas decisiones que ampliaron el mandato de protección de la Fuerza de Protección de las Naciones Unidas o *United Nations Protection Force* (UNPROFOR)⁴, protegido por un batallón de cascos azules neerlandeses (*Dutchbat*).

¹ En 1993, ante los crímenes masivos documentados en las Guerras de Yugoslavia, el Consejo de Seguridad de la ONU creó el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) mediante la Resolución 827/1993, con sede en La Haya. Véase: CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS, Resolución S/RES/827 (1993), “Tribunal (ex Yugoslavia)”, 25 mayo 1993, disponible en [https://docs.un.org/es/S/RES/827\(1993\)](https://docs.un.org/es/S/RES/827(1993)). Respecto a la sentencia que reconoce el genocidio de Srebrenica: STPIY 2 agosto 2001, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Caso núm. IT-98-33.

² SCIJ 26 febrero 2007, *Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*.

³ Una “zona segura” (*safe area*) es un área geográfica declarada por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas como espacio especialmente protegido frente a ataques armados, con la finalidad de salvaguardar a la población civil durante un conflicto. Su establecimiento se fundamenta en el Capítulo VII de la Carta de la ONU, en ejercicio de los poderes coercitivos del Consejo en situaciones de amenaza a la paz y la seguridad internacionales, lo que confiere a estas decisiones carácter obligatorio para todos los Estados miembros. En principio, la designación de una “zona segura” implica que la población civil residente debe quedar al margen de cualquier hostilidad, bajo la supervisión de contingentes de mantenimiento de la paz encargados de facilitar el acceso humanitario y de disuadir ataques. Sin embargo, la eficacia real de estas zonas depende en gran medida del mandato conferido y de las capacidades militares disponibles, factores que a menudo han resultado insuficientes. El caso de Bosnia constituye un ejemplo paradigmático: en múltiples enclaves se desplegaron contingentes reducidos, carentes de medios reales de defensa, lo que limitó gravemente su capacidad de protección. Durante la guerra de Bosnia, el Consejo de Seguridad declaró “zonas seguras” diversos enclaves de población bosnia (Srebrenica, Žepa, Goražde, Sarajevo, Bihać y Tuzla) mediante las Resoluciones 819 (1993) y 824 (1993). Véase: CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS, Resolución S/RES/819 (1993), “Bosnia y Herzegovina”, 16 abril 1993, disponible en [https://docs.un.org/es/S/RES/819\(1993\)](https://docs.un.org/es/S/RES/819(1993)); CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS, Resolución S/RES/824 (1993), “Bosnia y Herzegovina”, 6 mayo 1993, disponible en [https://docs.un.org/es/S/RES/824\(1993\)](https://docs.un.org/es/S/RES/824(1993)).

⁴ Las Naciones Unidas iniciaron su implicación en los conflictos yugoslavos mediante la imposición de un embargo de armas. La Resolución 713 (1991) del Consejo de Seguridad, adoptada al amparo del artículo 40 de la Carta de las Naciones Unidas, que permite medidas destinadas a evitar el agravamiento de una situación de crisis, decretó un embargo general y completo sobre las transferencias de armamento y material militar a toda Yugoslavia (Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, Resolución S/RES/713 (1991), “República Federativa de Yugoslavia”, 25 septiembre 1991, disponible en [https://docs.un.org/es/S/RES/713\(1991\)](https://docs.un.org/es/S/RES/713(1991))). Esta decisión afectó especialmente a Bosnia-Herzegovina, cuyo desequilibrio militar respecto de otras Repúblicas la situaba en una posición de extrema vulnerabilidad. Comprobada la insuficiencia del embargo para contener la escalada bélica, el Consejo de Seguridad recurrió a medidas coercitivas no armadas, imponiendo sanciones económicas en virtud del artículo 41 de la Carta. No obstante, la persistencia y agravamiento del conflicto llevó al propio Consejo, actuando ya de forma explícita bajo el Capítulo VII, a establecer en 1992 la UNPROFOR mediante la Resolución 743 (1992), concebida para crear las condiciones mínimas de seguridad que permitieran avanzar hacia una solución negociada (Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, Resolución S/RES/743 (1992), “República Federativa Socialista de Yugoslavia”, 21 febrero 1992, disponible en [https://docs.un.org/es/S/RES/743\(1992\)](https://docs.un.org/es/S/RES/743(1992))). Poco después, la Resolución 749 (1992) autorizó el despliegue completo y urgente de la UNPROFOR (Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, Resolución S/RES/749 (1992), “República Federativa Socialista de Yugoslavia”, 7 abril 1992, disponible en [https://docs.un.org/es/S/RES/749\(1992\)](https://docs.un.org/es/S/RES/749(1992))). Para septiembre de 1993, la misión había alcanzado una envergadura notable, con 25.000 efectivos distribuidos en Croacia (12.458), Bosnia-Herzegovina (10.091) y Macedonia (1.039). Su mandato (limitado al uso de la fuerza únicamente en defensa propia) fue objeto de críticas constantes, tanto por su ambigüedad como por la insuficiencia de sus capacidades militares, que condicionó gravemente la eficacia de la operación sobre el terreno. (Vid.: C. GUTIÉRREZ ESPADA, “Un viaje a Srebrenica”, en M. MENÉNDEZ ALZAMORA (Ed.), *Yugoslavia, el eclipse de la política. Europa ensombrecida*, Universidad de Alicante, 2022, pp. 41-57, p. 45).

2. Las decisiones del TPIY y de la CIJ consolidaron el reconocimiento jurídico del crimen y supusieron hitos fundamentales en la afirmación de la responsabilidad penal individual y estatal. Sin embargo, pese a la indudable relevancia de estas respuestas jurisdiccionales, las mismas no se tradujeron en mecanismos eficaces de reparación individual para las víctimas y sus familiares. El sistema internacional ha mostrado una mayor capacidad para calificar y sancionar penalmente los hechos que para garantizar mecanismos accesibles de reparación personal para aquellos que sufrieron directamente el daño.

3. En este sentido, la posibilidad de actuar a través de acciones civiles transnacionales se plantea como un complemento (no como un sustituto) de los procedimientos penales internacionales, así como de los limitados mecanismos nacionales de justicia transicional. El trigésimo aniversario de la masacre ofrece, además, un marco especialmente propicio para una reevaluación crítica del legado jurídico del caso, en la medida que permite valorar si, transcurridas tres décadas, el sistema internacional ha sido capaz de ofrecer respuestas efectivas en materia de reparación individual.

4. Cuando los mecanismos penales internacionales y las respuestas interestatales no se traducen en remedios individuales efectivos, el proceso civil ante tribunales nacionales puede configurarse como un foro subsidiario de responsabilidad y reparación. En este sentido, el Derecho internacional privado puede desempeñar un papel instrumental clave, en la medida en que determina las condiciones de acceso a la justicia a través de las reglas sobre competencia judicial internacional, determinación de la ley aplicable y reconocimiento de resoluciones extranjeras.

5. Estas cuestiones se analizan a partir del caso paradigmático *Mothers of Srebrenica*, en el que familiares de las víctimas interpusieron demandas ante los tribunales de los Países Bajos contra Naciones Unidas y contra el propio Estado neerlandés por los hechos de 1995.

6. El objetivo de este artículo es valorar, treinta años después de la masacre, en qué medida la experiencia del caso *Mothers of Srebrenica*, como ejemplo de reparación civil, puede ser útil ante otros casos de crímenes internacionales. Para ello se pretende analizar la insuficiencia de los mecanismos internacionales para garantizar la reparación individual de las víctimas del genocidio de Srebrenica; así como el propio procedimiento ante los tribunales neerlandeses (con especial atención a cuestiones como la inmunidad, la atribución de conductas o la causalidad que condicionaron la declaración de responsabilidad civil de Países Bajos).

II. El genocidio de Srebrenica y los límites del sistema internacional de reparación individual

7. El genocidio de Srebrenica se enmarca en las cruentas guerras de Yugoslavia (1991-2001)⁵, cuyos orígenes inmediatos se encuentran en la crisis política desencadenada tras la muerte del Mariscal Josip Broz Tito. El 4 de mayo de 1980 fallecía Tito⁶, Presidente de la República Federativa Socialista de Yugoslavia desde el fin de la Segunda Guerra Mundial. Con su fallecimiento apareció la inestabilidad. Las tensiones étnicas, hasta entonces contenidas, comenzaron a crecer, y los conflictos internos se agravaron hasta terminar en las cruentas guerras yugoslavas de la década de 1990. En estos conflictos la antigua Federación, compuesta por seis Repúblicas, se fragmentó en varios Estados soberanos: Bosnia-Herzegovina, Croacia, Eslovenia, Macedonia del Norte, Montenegro y Serbia.

8. Las primeras Repúblicas que expresaron su voluntad de separarse fueron Eslovenia y Croacia, que proclamaron su independencia en 1991. A ellas siguió Bosnia-Herzegovina en 1992, comenzan-

⁵ Respecto a las guerras de Yugoslavia y su evolución: J. Á. RUIZ JIMÉNEZ, *Yugoslavia, la guerra y la paz en los nuevos países balcánicos*, Síntesis, Madrid, 2024; R. BERMEJO GARCÍA y C. GUTIÉRREZ ESPADA, *La disolución de Yugoslavia*, Ediciones de la Universidad de Navarra, Barañáin (Navarra), 2007.

⁶ Véase: T. BRINGA, "The peaceful death of Tito and the violent end of Yugoslavia", en J. BORNEMAN (Ed.), *Death of the Father: An Anthropology of the End in Political Authority*, Berghahn Books, New York-Oxford, 2004, pp. 148-200.

do con un conflicto armado que pronto adquiriría dimensiones internacionales. En el territorio del nuevo Estado bosnio existían grupos políticos y militares de orientación proserbia (Serbia había heredado la mayor parte del aparato estatal de la antigua Yugoslavia) que rechazaban la autoridad de las instituciones recién constituidas y proclamaron la creación de la República Srpska (VRS). La VRS fue presidida por Radovan Karadžić, mientras que Ratko Mladić asumió el mando como jefe del Estado Mayor de su ejército⁷. El enfrentamiento entre el Ejército de Bosnia y las fuerzas de la VRS hizo que la guerra de Bosnia (1992-1995) fuese, sin lugar a duda, el conflicto más devastador de las guerras yugoslavas⁸. Este conflicto fue especialmente complejo porque el territorio bosnio se encontraba compuesto por serbios, croatas y bosnios musulmanes, con identidades nacionales, culturales y religiosas completamente distintas. Esta fragmentación étnica y política exacerbó la violencia y agravó la crisis humanitaria, provocando un masivo flujo de refugiados y desplazados internos.

9. El denominado genocidio de Srebrenica tuvo lugar tras la entrada del Ejército de la República Srpska en la ciudad el 11 de julio de 1995, prácticamente sin resistencia. El batallón neerlandés de la UNPROFOR, desplegado para proteger a la población civil, no efectuó disparo alguno durante el avance de las fuerzas serbobosnias. Al día siguiente, las tropas proserbias expulsaron a la totalidad de los habitantes de Srebrenica y emprendieron la deportación sistemática de la población. Mientras que mujeres, parte de los niños y ancianos fueron trasladados en autobuses a otras zonas de Bosnia-Herzegovina, los varones bosnios (niños adolescentes y adultos) fueron separados y concentrados en diversos puntos de la región (almacenes, escuelas, fábricas y otros edificios).

10. La noche del 12 de julio comenzaron las primeras matanzas “esporádicas”; el 13 de julio, las ejecuciones de cientos de hombres y muchachos desarmados; y a partir del 14 de julio dieron inicio las ejecuciones en masa⁹. Las víctimas fueron enterradas en fosas comunes excavadas cerca de los lugares de ejecución, y en numerosos casos se obligó a los propios detenidos a cavar las fosas antes de ser asesinados. En total, al menos 8.000 varones musulmanes bosnios fueron ejecutados con el propósito de eliminar la presencia musulmana en la región, mientras miles de civiles sufrieron saqueos, desapariciones, torturas y violencia sexual. Precisamente en julio de 2025 se cumplió el trigésimo aniversario de este crimen, considerado el más grave en territorio europeo desde la Segunda Guerra Mundial¹⁰.

⁷ STPIY 24 marzo 2016, *Prosecutor v. Radovan Karadžić*, Caso núm. IT-95-5/18-T, párrs. 5600–5605; STPIY 22 noviembre 2017, *Prosecutor v. Ratko Mladić*, Caso núm. IT-09-92-T, párrs. 3460–3468.

⁸ La guerra de Bosnia es considerada el conflicto más cruento de las guerras de Yugoslavia, tanto por su duración e intensidad como por el número excepcionalmente elevado de víctimas, especialmente civiles. Según los datos del *Research and Documentation Center de Sarajevo* (2007), se estima que alrededor de 100.000 personas perdieron la vida durante el conflicto. Esta cifra contrasta con la dimensión de otros episodios bélicos en el territorio de la antigua federación: la guerra de Eslovenia (1991), con aproximadamente 70 muertos; la guerra de Croacia (1991-1995), con unos 20.000 fallecidos; el conflicto de Kosovo (1998-1999), con cerca de 13.000 víctimas; o el conflicto de Macedonia (2001), que ocasionó en torno a 200 muertes. Sin embargo, la gravedad del conflicto bosnio no se mide únicamente en términos cuantitativos. La violencia desplegada contra la población civil alcanzó niveles de extrema brutalidad, manifestándose en campañas sistemáticas de limpieza étnica, en el establecimiento y funcionamiento de campos de detención como Omarska, Keraterm o Trnopolje, y en el uso generalizado de la violencia sexual como arma de guerra. A ello se suma que Bosnia fue escenario del genocidio de Srebrenica (1995), objeto de análisis en la presente publicación, calificado como la peor masacre en territorio europeo desde 1945, con más de 8.000 varones bosnios, niños y hombres, ejecutados en cuestión de días, y acompañado del desplazamiento forzoso de más de dos millones de personas, casi la mitad de la población del país (Vid.: P. BALL, E. TABEAU y P. VERWIMP, “The Bosnian Book of Dead: Assessment of the Database. Full Report”, *Households in Conflict Network*, Institute of Development Studies, University of Sussex, HiCN Research Design Note 5, 2007, disponible en: <https://hrdag.org/wp-content/uploads/2013/02/rdn5.pdf>).

⁹ Los datos relativos a lo ocurrido en julio de 1995 en Srebrenica se han obtenido de: NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, Informe del Secretario General titulado “La caída de Srebrenica”, A/54/549, 15 noviembre 1999, pp. 1-370, disponible en https://digitallibrary.un.org/record/372298/files/A_54_549-ES.pdf

¹⁰ Para conocer más sobre lo ocurrido en Srebrenica se recomienda consultar la información publicada por el Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales (IRMCT), disponible en: <https://www.irmct.org/specials/srebrenica/timeline/en/story>. Igualmente, se recomienda visitar *Remembering Srebrenica*, disponible en: <https://srebrenica.org.uk/what-happened/history/happened-srebrenica>

11. El genocidio puso de manifiesto la insuficiencia del mandato de la ONU, cuyas fuerzas no lograron impedir el ataque pese a ser responsables de proteger a la población civil. Este fracaso se tradujo en una fuerte crítica internacional y en uno de los motivos del desarrollo de la doctrina Responsabilidad de Proteger (R2P)¹¹. Posteriormente se expusieron fallos en la propia concepción y ejecución de la misión. Fundamentalmente, medios militares insuficientes, reglas de enfrentamiento restrictivas, vulnerabilidad del dispositivo de protección y carencias graves en la cadena de mando¹². Igualmente, los informes del Secretario General de la ONU sobre la actuación de las Naciones Unidas en Srebrenica y Ruanda¹³ señalaron claras deficiencias en la planificación, coordinación y respuesta operativa de las misiones paz. Las críticas a la actuación de la ONU desembocarían en el famoso Informe Brahimi¹⁴. El régimen de las *safe areas* generó una peligrosa apariencia de seguridad sin el respaldo de capacidades militares reales, incrementando, paradójicamente, la exposición de la población civil al riesgo de violencia masiva¹⁵.

12. Desde el punto de vista jurídico, la respuesta de la comunidad internacional se centró, fundamentalmente, en la persecución penal de los responsables. El TPIY condenó a los principales responsables del genocidio (Radislav Krstić, Radovan Karadžić y Ratko Mladić), sentando, además, las bases jurisprudenciales para el desarrollo del Derecho penal internacional¹⁶. Sin embargo, el mandato del TPIY no contemplaba reparaciones civiles directas para las víctimas, más allá de medidas limitadas de restitución o simbólicas. No existía un programa de reparaciones económicas individualizadas para los familiares de las víctimas.

13. Por su parte, la CIJ, aunque declaró que Serbia violó la obligación de prevenir el genocidio, tampoco estableció ninguna vía de reparación individual¹⁷. La decisión de 2007 se mantuvo en un plano

¹¹ El fracaso de la “zona segura” de Srebrenica (y la constatación de que las misiones de paz carecían de capacidad real para proteger a la población civil, al no haber podido impedir la masacre de más de 8.000 personas en una zona formalmente protegida) impulsó una profunda reflexión dentro de Naciones Unidas sobre los límites del mantenimiento de la paz. La ONU reconoció públicamente sus fallos y este episodio se convirtió en uno de los principales motivos que llevaron a la formulación de la Responsabilidad de Proteger (R2P), una doctrina orientada a habilitar respuestas más eficaces frente a genocidios y crímenes masivos. Srebrenica puso sobre que la mesa que el principio de soberanía estatal no podía frenar la intervención internacional ante atrocidades de tal envergadura. La Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados elaboró el marco conceptual según el cual cada Estado tiene la responsabilidad primaria de proteger a su población frente al genocidio, la limpieza étnica, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad. Cuando un Estado incumple, o no es capaz de cumplir, la comunidad internacional debe actuar subsidiariamente, preferentemente a través de medios pacíficos, pero con la opción de tomar medidas coercitivas en situaciones extremas, siempre que sean autorizadas por el Consejo de Seguridad. La Asamblea General incorporó esta doctrina como uno de los principios rectores de la respuesta internacional frente a crímenes. No obstante, la R2P posee la naturaleza de *soft law*, es decir, es un marco normativo orientativo, no es un tratado internacional jurídicamente vinculante. Véase: R. THAKUR, *The United Nations, Peace and Security: From Collective Security to the Responsibility to Protect*, 2ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2016; A. J. BELLAMY, *Responsibility to Protect: The Global Effort to End Mass Atrocities*, 2ª ed., Polity Press, Cambridge, 2015; G. EVANS, *The Responsibility to Protect: Ending Mass Atrocity Crimes Once and for All*, Brookings Institution Press, Washington D.C., 2008; NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, Resolución A/RES/60/1, “Documento Final de la Cumbre Mundial 2005”, 16 septiembre 2005, disponible en <https://docs.un.org/es/A/RES/60/1>; COMISIÓN INTERNACIONAL SOBRE INTERVENCIÓN Y SOBERANÍA DE LOS ESTADOS, “La responsabilidad de proteger”, diciembre 2001, disponible en <https://docs.un.org/es/A/57/303>

¹² NIOD INSTITUTE FOR WAR, HOLOCAUST AND GENOCIDE STUDIES, *Srebrenica. Reconstruction, Background, Consequences and Analyses of the Fall of a “Safe” Area*, Amsterdam, 2002. Disponible en: <https://niod.contentdm.oclc.org/digital/collection/p21083coll7/id/1/rec/16>

¹³ NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, Informe del Secretario General titulado “La caída de Srebrenica”, A/54/549, 15 noviembre 1999, disponible en https://digitallibrary.un.org/record/372298/files/A_54_549-ES.pdf; NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, Informe del Secretario General sobre Rwanda y Srebrenica, A/64/864, 30 agosto 2010, disponible en <https://digitallibrary.un.org/record/690179>

¹⁴ NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL Y CONSEJO DE SEGURIDAD, *Report of the Panel on United Nations Peace Operations* (Informe Brahimi), A/55/305-S/2000/809, 21 agosto 2000, disponible en <https://digitallibrary.un.org/record/422144>

¹⁵ S. RECCHIA, “The Paradox of Safe Areas in Ethnic Civil Wars”, *Global Responsibility to Protect*, Vol. 10, 2018, pp. 362–386. <https://doi.org/10.1163/1875984X-01003006>

¹⁶ Véanse, entre otras, STPIY 2 agosto 2001, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Caso núm. IT-98-33; y STPIY 10 junio 2010, *Prosecutor v. Popović et al.*, Caso núm. IT-05-88-T.

¹⁷ SCIJ 26 febrero 2007, *Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*.

estrictamente interestatal y no condujo al reconocimiento de reparaciones individuales ni al desarrollo de criterios jurídicos para cuantificar los daños derivados de violaciones masivas.

14. A nivel interno, la reparación también resultó claramente insuficiente. Bosnia-Herzegovina no tenía ni los recursos ni la voluntad política para poder ofrecer una reparación a las víctimas. Únicamente se dieron algunas decisiones aisladas de órganos cuasi judiciales ordenando medidas de compensación colectiva que beneficiaron a un número muy limitado de víctimas.

15. Tampoco Naciones Unidas ni los Estados directamente implicados ofrecieron espontáneamente compensación a las víctimas. La inmunidad jurisdiccional reconocida a Naciones Unidas ante los tribunales neerlandeses y, posteriormente, avalada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en *Stichting Mothers of Srebrenica and Others v. The Netherlands*¹⁸ cerró toda posibilidad de evaluar la responsabilidad institucional por la actuación de la UNPROFOR. El proceso *Mothers of Srebrenica*, iniciado por familiares de las víctimas del genocidio con una demanda ante los tribunales de los Países Bajos, al no existir una posible reparación internacional efectiva, se dirigió contra la ONU y contra el Estado neerlandés, convirtiéndose en un caso completamente novedoso en el que convergen cuestiones de Derecho internacional público (así como humanitario) y de Derecho internacional privado, como vía de reparación transnacional¹⁹.

16. El caso presenta varias problemáticas jurídicas. En primer lugar, la atribución de conductas de un contingente militar integrado en una operación de mantenimiento de la paz, cuestión que ha reavivado debates sobre el estándar de “control efectivo”, la responsabilidad compartida y la compatibilidad entre la responsabilidad estatal y la responsabilidad de organizaciones internacionales. En segundo lugar, la causalidad incierta y la consecuente responsabilidad parcial, puesto que los tribunales neerlandeses aplicaron la doctrina de la “pérdida de oportunidad” para cuantificar el daño, que condujo a la fijación de una responsabilidad estatal del 10 % en atención a la reducción de las probabilidades de supervivencia de los varones refugiados en Potočari²⁰. En tercer lugar, el caso pone de manifiesto el papel crítico del Derecho internacional privado como instrumento para articular vías de reparación civil transnacional en ausencia de mecanismos internacionales efectivos.

17. La masacre de Srebrenica puso de manifiesto una problemática evidente del Derecho internacional: la asimetría entre la normativa de las obligaciones de protección frente a crímenes internacionales y la precariedad de los mecanismos para exigir responsabilidad y proporcionar reparación efectiva a las víctimas²¹. El Derecho penal internacional trata de dar respuesta a esta cuestión, pero lo cierto es que carece de un régimen de reparación civil directa. Esta carencia se ve agravada por la inmunidad de

¹⁸ Las mismas demandantes del caso *Mothers of Srebrenica* frente a los tribunales neerlandeses recurrieron ante el TEDH la confirmación, por parte de éstos, de la inmunidad jurisdiccional de Naciones Unidas, al considerar que dicha inmunidad vulneraba su derecho de acceso a un tribunal (artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). En su decisión de inadmisión en *Mothers of Srebrenica v. the Netherlands* (11 de junio de 2013), el TEDH declaró que la concesión de inmunidad absoluta a la ONU persigue un fin legítimo y no resulta desproporcionada, incluso en un contexto de extrema gravedad como el genocidio de Srebrenica. El Tribunal no entró a valorar los hechos ni la responsabilidad del Estado neerlandés, limitándose a reafirmar su jurisprudencia previa sobre inmunidades de organizaciones internacionales. (TEDH 11 junio 2013, *Stichting Mothers of Srebrenica and Others v. The Netherlands*, Decisión de inadmisibilidad, demanda núm. 65542/12). Véase: M. I. PAPA, “The Mothers of Srebrenica Case before the European Court of Human Rights. United Nations Immunity versus Right of Access to a Court”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 14, 2015, pp. 893-907. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqw040>

¹⁹ J. HASANBASIC, “Liability in Peacekeeping Missions: A Civil Cause of Action for the Mothers of Srebrenica Against the Dutch Government and the United Nations”, *Emory International Law Review*, Vol. 29, Núm. 2, 2014, pp. 415-450. Disponible en: <https://scholarlycommons.law.emory.edu/eilr/vol29/iss2/4/>

²⁰ SHR (*Hoge Raad*; Tribunal Supremo de los Países Bajos), 19 de julio de 2019, *The State of the Netherlands v. Respondents & Stichting Mothers of Srebrenica*, ECLI:NL:HR:2019:1223.

²¹ Sobre ausencia de mecanismos reparadores: M. DRUMBL, “Victimhood in Our Neighborhood: Terrorist Crime, Taliban Guilt, And the Asymmetries of the International Legal Order”, *North Carolina Law Review*, Vol. 81, Núm.1, 2002, pp. 1-113. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.286637>

las organizaciones internacionales y por la inexistencia de un tribunal permanente con competencia para conocer reclamaciones individuales por violaciones graves de Derecho internacional humanitario.

18. La incapacidad del sistema internacional para responder de forma adecuada a crímenes masivos se evidencia también en la ausencia de mecanismos de indemnización para víctimas de genocidio. Mientras que algunos regímenes internacionales (como los relativos a responsabilidad civil por daños derivados del transporte aéreo o marino) prevén mecanismos cuasi automáticos de compensación, el Derecho internacional humanitario no posee un sistema de reparación directa para víctimas de operaciones de paz fallidas o para víctimas de crímenes cometidos tras el incumplimiento de obligaciones de protección. En este sentido, tampoco se ha desarrollado un tribunal permanente capaz de conocer reclamaciones de víctimas frente a Estados u organizaciones internacionales por violaciones graves del Derecho internacional humanitario²².

19. Precisamente en este vacío ha surgido el litigio transnacional como uno de los medios donde las víctimas pueden canalizar sus pretensiones de responsabilidad civil. Los casos basados en la *Alien Tort Statute* (ATS)²³ en Estados Unidos, así como los casos contra organizaciones internacionales tras *Jam v. IFC*²⁴ muestran cómo los tribunales nacionales pueden funcionar, en ciertos contextos, como foros subsidiarios para crímenes internacionales. Sin embargo, estas vías están sometidas a fuertes restricciones jurisprudenciales (como las doctrinas de extraterritorialidad o la inmunidad de organizaciones internacionales) y dependen de la existencia de un nexo jurisdiccional suficiente, que permita a los demandantes acceder a los tribunales.

20. A todo lo anterior se suma la posición singular de las Naciones Unidas, con inmunidad jurisdiccional prácticamente absoluta. Aunque el TEDH ha afirmado que las inmunidades deben interpretarse de manera compatible con el derecho de acceso a la justicia, la ausencia de mecanismos alternativos razonables dentro de la propia Organización hace que dicha inmunidad opere, en la práctica, como una barrera infranqueable para las víctimas²⁵. Y el problema no se limita a la ONU. En numerosas operaciones de mantenimiento de la paz, Estados, organizaciones internacionales y contingentes nacionales interactúan bajo estructuras híbridas de mando que desbordan los marcos clásicos de atribución, incluso a la luz de los *Draft Articles on the Responsibility of International Organizations* (DARIO)

²² S. D. BACHMANN, *Civil Responsibility for Gross Human Rights Violations: The Need for a Global Instrument*, Pretoria University Law Press, 2007.

²³ La *Alien Tort Statute* (ATS), también conocida como *Alien Tort Claims Act*, es una norma federal estadounidense de 1789 que otorga competencia a los tribunales federales para conocer de acciones civiles interpuestas por extranjeros por daños causados en violación del *law of nations* o de tratados de los Estados Unidos. Durante décadas, fue utilizada como una vía de litigación civil transnacional para reclamar responsabilidad por violaciones graves del Derecho internacional, como la tortura, el genocidio o los crímenes contra la humanidad, especialmente a partir de la sentencia *Filártiga v. Peña-Irala* (1980). No obstante, su alcance se ha ido viendo restringido por la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo. Concretamente en *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum* (2013), *Jesner v. Arab Bank* (2018) y *Nestlé USA v. Doe* (2021), donde se ha limitado su aplicación extraterritorial y se ha excluido, en términos generales, la responsabilidad de personas jurídicas extranjeras. Actualmente ya no constituye una vía general de reparación civil por crímenes internacionales, pero sigue siendo relevante como precedente histórico de utilización de tribunales nacionales como foros subsidiarios de justicia transnacional. Véase: O.A. HATHAWAY, C. EWELL y E. NOHLE, “Has the Alien Tort Statute Made a Difference? A Historical, Empirical, and Normative Assessment”, *Cornell Law Review*, Vol. 107, 2022, pp. 1205-1317. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3927162>

²⁴ En *Jam v. International Finance Corporation* (586 U.S. 2019), el Tribunal Supremo de los Estados Unidos declaró que las organizaciones internacionales no disfrutaban de inmunidad jurisdiccional absoluta ante los tribunales estadounidenses. Al interpretar la *International Organizations Immunities Act* (IOIA) de 1945, el Tribunal equiparó su inmunidad a la de los Estados extranjeros, de carácter restrictivo, sujeta a las excepciones de la *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA). Aunque la sentencia no resolvió el fondo del litigio, marcó un punto de inflexión respecto a la responsabilidad civil de las organizaciones internacionales, en contraste con la inmunidad absoluta reconocida a Naciones Unidas en la jurisprudencia europea. Véase: R. GULATI, “The Immunities of International Organisations: The End of Impunity?”, *Opinio Juris*, 2019. Disponible en: <https://opiniojuris.org/2019/03/01/the-immunities-of-international-organisations-the-end-of-impunity/>

²⁵ TEDH 11 junio 2013, *Stichting Mothers of Srebrenica and Others v. The Netherlands*, Decisión de inadmisibilidad, demanda núm. 65542/12.

elaborados por la Comisión de Derecho Internacional en 2011²⁶. Precisamente el artículo 7²⁷ trata de dar respuesta a la atribución dual, pero la práctica demuestra que, en el contexto de las operaciones de paz, la tradicional dicotomía entre responsabilidad de la ONU y el Estado contribuyente resulta insuficiente, pues en el terreno, al fin y al cabo, coexisten y se superponen distintos niveles de control que impiden atribuir la conducta exclusivamente a un único sujeto. Autores como RYNGAERT o PERISIC han señalado que el mando en misiones de paz suele combinar un control internacional de carácter más estratégico con un control nacional de carácter disciplinario, generando que, en ciertos casos, ningún actor parezca asumir la plena responsabilidad²⁸. La doctrina ha identificado estas situaciones como auténticas *grey accountability zones*, en las que ningún actor asume plenamente la responsabilidad jurídica por violaciones graves²⁹.

21. Como se va a ver a continuación, el caso *Mothers of Srebrenica* se presenta como un ejemplo de reparación civil transnacional en el que los familiares de las víctimas acudieron a los tribunales neerlandeses como foro subsidiario de justicia ante la inexistencia de otros medios efectivos³⁰.

III. El caso *Mothers of Srebrenica* ante los tribunales neerlandeses

22. El caso *Mothers of Srebrenica* se desarrolló a lo largo de más de una década ante los tribunales neerlandeses, dando lugar a importante jurisprudencia en materia de responsabilidad estatal en contextos de operaciones de paz. El procedimiento se inició en 2007 con la interposición de una demanda civil contra Naciones Unidas y el Estado neerlandés por la conducta del batallón *Dutchbat* durante la caída de la “zona segura” de Srebrenica en julio de 1995. Primeramente, el Tribunal de Distrito de La Haya, en su sentencia de 10 de julio de 2008, declaró la inmunidad jurisdiccional absoluta de Naciones Unidas. Aún así el Tribunal mantuvo la posibilidad de examinar la posible responsabilidad de Países Bajos. Igualmente, el Tribunal de Apelación de La Haya, en sus sentencias de 2011 y 2014, que desarrollaron el control efectivo, mantuvo la misma postura respecto a la ONU y su inmunidad. Paralelamente, el Tribunal Supremo de Países Bajos resolvió en el año 2013 los casos individuales Nuhanović y Mustafić. En estos casos se fijaron los criterios de atribución estatal y de conocimiento del riesgo real e inmediato respecto de personas concretas expulsadas (un traductor y un electricista) de la base del *Dutchbat*. El Tribunal Supremo finalizó el procedimiento colectivo con su sentencia de 19 de julio de 2019 donde se confirmó la responsabilidad parcial de Países Bajos por la “pérdida de oportunidad” de supervivencia de los hombres bosnios, como se explicará a continuación.

²⁶ Constituyen un proyecto de codificación sin carácter jurídicamente vinculante, cuya recepción en la práctica judicial ha sido bastante fragmentaria y cautelosa, especialmente en contextos de operaciones de paz. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales*, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2011. Disponible en: https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_2011_v2_p2.pdf

²⁷ Artículo 7. Comportamiento de órganos de un Estado o de órganos o agentes de una organización internacional puestos a disposición de otra organización internacional:

El comportamiento de un órgano de un Estado o de un órgano o un agente de una organización internacional que hayan sido puestos a disposición de otra organización internacional se considerará un hecho de esta última organización según el derecho internacional si esta ejerce un control efectivo sobre ese comportamiento.

²⁸ C. RYNGAERT, “Attributing Conduct in the Law of State Responsibility: Lessons from Dutch Courts Applying the Control Standard in the Context of International Military Operations”, *Utrecht Journal of International and European Law*, Vol. 36, Núm. 2, 2021, pp. 170-180. <https://doi.org/10.5334/ujel.546>; P. PERISIC, “Attribution of Conduct in UN Peacekeeping Operations”, *Pécs Journal of International and European Law*, Vol. I, 2020, pp. 9-23.

²⁹ C. RYNGAERT, “Peacekeepers Facilitating Human Rights Violations: The Liability of the Dutch State in the Mothers of Srebrenica Cases”, *Neth Int Law Rev*, Vol. 64, 2017, pp. 453-535. <https://doi.org/10.1007/s40802-017-0101-6>; J. HASANBASIC, “Liability in Peacekeeping Missions: A Civil Cause of Action for the Mothers of Srebrenica Against the Dutch Government and the United Nations”, *Emory International Law Review*, Vol. 29, Núm. 2, 2014, pp. 415-450. Disponible en: <https://scholarlycommons.law.emory.edu/eilr/vol29/iss2/4/>

³⁰ R. RIJNHOUT, “Mothers of Srebrenica: Causation and Partial Liability under Dutch Tort Law”, *Utrecht Journal of International and European Law*, Vol. 36, Núm. 2, 2021, pp. 127-140. <https://doi.org/10.5334/ujel.543>

1. Los hechos jurídicamente relevantes

23. El caso se apoya en una reconstrucción fáctica especialmente compleja. Los tribunales neerlandeses tuvieron que examinar las decisiones operativas adoptadas en un contexto extremo y bajo una estructura de mando a varios niveles. Dicha reconstrucción, además, se caracterizó por su amplio acervo probatorio, el cual incluía todas las actuaciones del propio TPIY, la documentación de Naciones Unidas, otros documentos como el informe del *Netherlands Institute for War, Holocaust and Genocide Studies* (NIOD)³¹, además de las actuaciones judiciales internas, y constituye el punto de partida indispensable para el análisis jurídico posterior.

24. Como ya se ha comentado anteriormente, la caída del enclave de Srebrenica se produjo el 11 de julio de 1995, tras meses de asedio por las fuerzas de la República Srpska (VRS)³². A pesar de que el Consejo de Seguridad había declarado Srebrenica “zona segura” mediante la Resolución 819 (1993) y había autorizado el uso de “todas las medidas necesarias” para su protección en la Resolución 836 (1993)³³, el *Dutchbat* (el batallón neerlandés desplegado en el marco de la misión UNPROFOR) actuaba en condiciones materiales precarias, con escasez de recursos y una capacidad operativa restringida³⁴.

25. Con la llegada de las fuerzas serbobosnias, parte de la población civil se desplazó a Potočari, donde se encontraba la base del *Dutchbat*. Decenas de miles de personas buscaron protección en la base, la mayoría se quedaron en los alrededores (debido a la escasa capacidad) pero algunos pudieron acceder. En esos momentos tuvo lugar uno de los hechos principales del procedimiento: el proceso de separación de los hombres bosnios y su exclusión del espacio de protección, de la base. La valoración judicial de la conducta del *Dutchbat*, tanto en relación con el acceso al propio recinto como respecto a la permanencia de determinadas personas dentro de él, terminaría siendo una de las cuestiones principales en lo relativo al análisis de la responsabilidad³⁵.

26. Los Tribunales neerlandeses estudiaron esencialmente el grado de autonomía decisoria con el que actuó el *Dutchbat* en Potočari. Aunque existía una comunicación constante con la estructura de mando de UNPROFOR y con el cuartel general, la respuesta externa no se tradujo en medidas efectivas de protección³⁶. En este sentido, el Tribunal Supremo de Países Bajos subrayó que el *Dutchbat* se encontraba en una situación en la que Naciones Unidas no podía proporcionar asistencia a tiempo, lo que le obligó a adoptar decisiones operativas autónomas respecto de la protección de los civiles dentro del recinto bajo su control³⁷. Este hecho resulta imprescindible, porque sitúa el análisis

³¹ El NIOD Report (*Srebrenica: Reconstruction, Responsibility and Lessons*, 2002) es un informe encargado por el Gobierno neerlandés. Su carácter es histórico, investigador, no se trata de un informe judicial, pero es muy exhaustivo (tiene casi 4.000 páginas) sobre la actuación de *Dutchbat*, la cadena de mando, las limitaciones operativas y el contexto real de la caída de Srebrenica. NIOD INSTITUTE FOR WAR, HOLOCAUST AND GENOCIDE STUDIES, *Srebrenica. Reconstruction, Background, Consequences and Analyses of the Fall of a “Safe” Area*, Amsterdam, 2002. Disponible en: <https://niod.contentdm.oclc.org/digital/collection/p21083coll7/id/1/rec/16>

³² STPIY 2 agosto 2001, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Caso núm. IT-98-33.

³³ CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS, Resolución S/RES/819 (1993), “Bosnia y Herzegovina”, 16 abril 1993, disponible en [https://docs.un.org/es/S/RES/819\(1993\)](https://docs.un.org/es/S/RES/819(1993)); CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS, Resolución S/RES/824 (1993), “Bosnia y Herzegovina”, 6 mayo 1993, disponible en [https://docs.un.org/es/S/RES/824\(1993\)](https://docs.un.org/es/S/RES/824(1993))

³⁴ NIOD INSTITUTE FOR WAR, HOLOCAUST AND GENOCIDE STUDIES, *Srebrenica. Reconstruction, Background, Consequences and Analyses of the Fall of a “Safe” Area*, Amsterdam, 2002, pp. 918-1901. Disponible en: <https://niod.contentdm.oclc.org/digital/collection/p21083coll7/id/1/rec/16>

³⁵ SHR (*Hoge Raad*; Tribunal Supremo de los Países Bajos), 19 de julio de 2019, *The State of the Netherlands v. Respondents & Stichting Mothers of Srebrenica*, ECLI:NL:HR:2019:1223; SHR (*Hoge Raad*; Tribunal Supremo de los Países Bajos), 6 de septiembre de 2013, *Nuhanović v. The Netherlands*, ECLI:NL:HR:2013:BZ9225; HR (*Hoge Raad*; Tribunal Supremo de los Países Bajos), 6 de septiembre de 2013, *Mustafić v. The Netherlands*, ECLI:NL:HR:2013:BZ9228.

³⁶ NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, Informe del Secretario General titulado “La caída de Srebrenica”, A/54/549, 15 noviembre 1999, pp. 1-370, disponible en https://digitallibrary.un.org/record/372298/files/A_54_549-ES.pdf

³⁷ SHR (*Hoge Raad*; Tribunal Supremo de los Países Bajos), 19 de julio de 2019, *The State of the Netherlands v. Respondents & Stichting Mothers of Srebrenica*, ECLI:NL:HR:2019:1223, fundamento jurídico 4.

en decisiones concretas adoptadas *in situ*, en un contexto en el que el margen de actuación era limitado, pero no inexistente.

27. Entre los episodios más relevantes examinados en sede judicial figuran los casos de Hasan Nuhanović, intérprete del *Dutchbat*, y Rizo Mustafić, electricista de la base, obligados a abandonar el recinto pese al riesgo extremo existente. En las sentencias de 6 de septiembre de 2013, el Tribunal Supremo afirmó que el *Dutchbat* sabía, o debía saber, que, al ordenar su salida, los estaba exponiendo a un peligro real e inmediato de ser asesinados por las fuerzas serbobosnias³⁸. Estos hechos se convirtieron en un referente para evaluar la conducta del batallón respecto del grupo más amplio de hombres que se encontraban dentro o en las inmediaciones de la base. A partir del 12 y el 13 de julio de 1995, el *Dutchbat* colaboró en la organización de la evacuación de civiles, mientras los hombres eran separados de forma sistemática. Los tribunales consideraron acreditados que, para entonces, existían indicios suficientemente claros de desapariciones y ejecuciones y que esta información era perfectamente conocida por el contingente³⁹. A pesar de ello, se continuó facilitando la salida de los hombres del área de protección, sin garantizar ningún tipo de medida efectiva que neutralizara el riesgo al que estaban quedando expuestos. En este sentido, El Tribunal Supremo recogería que esta conducta se mantuvo aun cuando el riesgo para la vida de los hombres era ya manifiesto⁴⁰.

28. Otro hecho fundamental del caso fue la capacidad real del *Dutchbat* para ofrecer protección a los civiles, al menos de manera temporal, dentro del recinto. Países Bajos sostenía que existían limitaciones materiales. Se estaban dando condiciones de hacinamiento y riesgos colaterales para mujeres y niños. Todo ello servía, de acuerdo con el Estado neerlandés, para justificar la inviabilidad de que los hombres permaneciesen en la base. El Tribunal Supremo consideró que el Estado no había demostrado suficientemente que no existía un margen de maniobra real para tomar una decisión menos dañina. El Tribunal determinó que, incluso en condiciones de escasez y de restricción operativa, el *Dutchbat* conservaba cierto margen de discrecionalidad que debía haberse ejercido en favor de la protección de los hombres⁴¹.

29. La reconstrucción judicial de los hechos situó el caso en una zona especialmente compleja en lo relativo a la responsabilidad. El *Dutchbat* no fue autor directo de las ejecuciones, pero los tribunales examinaron si determinadas decisiones operativas (las relativas al acceso, la permanencia y la expulsión del recinto, así como a la cooperación en la evacuación) contribuyeron de forma relevante a que individuos concretos se encontrasen en una situación de riesgo extremo. Esta delimitación de los hechos explica que todo el caso gira en torno a dos elementos probatorios fundamentales: el conocimiento del riesgo real e inmediato por parte del *Dutchbat* y la capacidad efectiva de actuación del contingente en el momento de los hechos. Sobre estas cuestiones se desarrolló el litigio civil iniciado en 2007 en Países Bajos.

³⁸ Es importante señalar, como ya se ha indicado al inicio de este epígrafe, que la evolución jurisprudencial referente a Srebrenica y a los tribunales de Países Bajos se articula en dos planos: los casos individuales resueltos por el Tribunal Supremo en 2013 (Nuhanović y Mustafić), que fijaron los criterios de control efectivo y atribución estatal, y el litigio colectivo *Mothers of Srebrenica*, culminado definitivamente en 2019. SHR (*Hoge Raad*; Tribunal Supremo de los Países Bajos), 6 de septiembre de 2013, *Nuhamović v. The Netherlands*, ECLI:NL:HR:2013:BZ9225; SHR (*Hoge Raad*; Tribunal Supremo de los Países Bajos), 6 de septiembre de 2013, *Mustafić v. The Netherlands*, ECLI:NL:HR:2013:BZ9228. Estas sentencias gemelas del Tribunal Supremo neerlandés resolvieron demandas individuales relativas a personas concretas expulsadas de la base del *Dutchbat*, como ya se ha señalado anteriormente, que servirían posteriormente de base doctrinal para la resolución del caso colectivo *Mothers of Srebrenica*.

³⁹ SGDH (*Gerechtshof Den Haag*; Tribunal de Apelación de La Haya), 5 de julio de 2014, *Mothers of Srebrenica v. The Netherlands*, ECLI:NL:GHDHA:2014:2512, fundamentos jurídicos 5 y 6.

⁴⁰ SHR (*Hoge Raad*; Tribunal Supremo de los Países Bajos), 19 de julio de 2019, *The State of the Netherlands v. Respondents & Stichting Mothers of Srebrenica*, ECLI:NL:HR:2019:1223, fundamento jurídico 4.

⁴¹ SHR (*Hoge Raad*; Tribunal Supremo de los Países Bajos), 19 de julio de 2019, *The State of the Netherlands v. Respondents & Stichting Mothers of Srebrenica*, ECLI:NL:HR:2019:1223, fundamento jurídico 4.

2. El desarrollo del caso

30. La decisión de las madres de Srebrenica de iniciar un litigio civil ante los tribunales neerlandeses en el año 2007 constituyó un paso jurídicamente excepcional. En ausencia de mecanismos internacionales de reparación individual, la demanda civil se configuró como el único instrumento disponible para dar forma a una reclamación de responsabilidad y compensación por la masacre ocurrida en Srebrenica. La demanda se dirigió, de forma simultánea contra Naciones Unidas y contra el Estado de Países Bajos, lo que hizo que, desde el inicio, el caso girase en torno al alcance de la inmunidad jurisdiccional de la ONU y la posibilidad de atribuir al Estado la conducta de un contingente desplegado bajo mandato del Consejo de Seguridad.

31. El Tribunal de Distrito de La Haya, en su sentencia de 10 de julio de 2008⁴², resolvió la primera cuestión. Declaró que la ONU goza de inmunidad jurisdiccional absoluta, incluso frente a crímenes internacionales. Dicha inmunidad no se limitaba por invocar normas de *ius cogens* ni por la inexistencia de mecanismos alternativos de reparación para las víctimas⁴³. El Tribunal se apoyó en la jurisprudencia del TEDH en *Waite and Kennedy*⁴⁴ y *Beer and Regan*⁴⁵. En estos casos se había reconocido la inmunidad de las organizaciones internacionales como un elemento necesario para garantizar su independencia institucional. Con esta decisión la ONU quedó excluida del procedimiento. De este modo se cerró cualquier posible investigación judicial sobre la actuación de la organización y el foco del caso se desplazó hacia la cuestión de la atribución de la conducta del *Dutchbat*, pues la vía para examinar la posible responsabilidad del Estado neerlandés se mantenía abierta. El caso se centró, de este modo, en determinar si las decisiones operativas adoptadas por el contingente podían imputarse al Estado contribuyente.

32. El Tribunal de Apelación de La Haya, en sus sentencias de 2011⁴⁶ y 2014⁴⁷, introdujo un cambio. Frente a la postura de Países Bajos, según la cual el *Dutchbat* actuaba bajo mando y control exclusivos de las Naciones Unidas (lo que impediría cualquier atribución estatal), el Tribunal adoptó un enfoque distinto, basado en el control efectivo ejercido en circunstancias concretas. El Tribunal determinó que, aunque se operaba bajo el mandato de la ONU, los Países Bajos conservaban control disciplinario y operativo sobre el *Dutchbat* en relación con determinadas decisiones relevantes, especialmente aquellas que afectaban directamente a la protección de individuos concretos⁴⁸. Con este razonamiento el Tribunal de Apelación formuló la doctrina de la atribución dual: una misma conducta puede atribuirse de forma simultánea a una organización internacional y a un Estado, si ambos ejercen un control relevante respecto a la misma. El hecho de que una actuación sea atribuible a Naciones Unidas no supone que no pueda atribuirse también al Estado contribuyente.

33. Paralelamente, el Tribunal de Apelación consideró acreditado que el *Dutchbat* había actuado con conocimiento efectivo del riesgo extremo al que se exponía a los hombres refugiados en Potočari y que determinadas decisiones operativas (esencialmente la cooperación en la evacuación y la exclu-

⁴² SRDH (*Rechtbank Den Haag*; Tribunal de Distrito de La Haya), 10 de julio de 2008, *Stichting Mothers of Srebrenica v. The Netherlands and the United Nations*, ECLI:NL:RBSGR:2008:BD6795.

⁴³ SRDH (*Rechtbank Den Haag*; Tribunal de Distrito de La Haya), 10 de julio de 2008, *Stichting Mothers of Srebrenica v. The Netherlands and the United Nations*, ECLI:NL:RBSGR:2008:BD6795, fundamento jurídico 4.

⁴⁴ STEDH, *Waite and Kennedy c. Alemania*, Gran Sala, 18 de febrero de 1999, núm. 26083/94, Recopilación de Sentencias y Decisiones 1999-I.

⁴⁵ STEDH, *Beer and Regan c. Alemania*, Gran Sala, 18 de febrero de 1999, núm. 28934/95, Recopilación de Sentencias y Decisiones 1999-I.

⁴⁶ SGDH (*Gerechtshof Den Haag*; Tribunal de Apelación de La Haya), 5 de julio de 2011, *Mothers of Srebrenica v. The Netherlands*, ECLI:NL:GHSGR:2011:BR5388.

⁴⁷ SGDH (*Gerechtshof Den Haag*; Tribunal de Apelación de La Haya), 5 de julio de 2014, *Mothers of Srebrenica v. The Netherlands*, ECLI:NL:GHDHA:2014:2512.

⁴⁸ SGDH (*Gerechtshof Den Haag*; Tribunal de Apelación de La Haya), 5 de julio de 2014, *Mothers of Srebrenica v. The Netherlands*, ECLI:NL:GHDHA:2014:2512, fundamento jurídico 5.

sión de los hombres del recinto protegido) habían contribuido a incrementar ese riesgo⁴⁹. En esta fase procesal todavía no se estableció una responsabilidad civil plena, pero se sentaron las bases fácticas y jurídicas necesarias para poder examinar la ilicitud y la causalidad desde una perspectiva civil.

34. Los tribunales neerlandeses aceptaron conocer de hechos ocurridos en territorio extranjero, en un contexto de conflicto armado y bajo mandato de Naciones Unidas, articulando la responsabilidad a través del Derecho civil interno. De este modo, el desplazamiento del litigio hacia el Estado permitió abrir una vía judicial efectiva para las víctimas. En 2014 el marco procesal del caso había quedado delimitado: Naciones Unidas quedaba excluida del procedimiento por razones de inmunidad, Países Bajos podía ser considerado responsable de la conducta del *Dutchbat* en virtud de un control efectivo ejercido en circunstancias concretas y los tribunales habían reconocido que determinadas decisiones habían aumentado el riesgo para los hombres refugiados. Sobre esta base, el caso quedó en condiciones de ser resuelto por el Tribunal Supremo.

3. La sentencia del Tribunal Supremo de Países Bajos y la responsabilidad del Estado neerlandés

35. Como ya se ha señalado anteriormente, el Tribunal Supremo de Países Bajos, en sus sentencias de 6 de septiembre de 2013 (*Nuhanović y Mustafić*)⁵⁰, estableció los criterios que posteriormente serían consolidados en *Mothers of Srebrenica*. Frente a la tesis estatal, según la cual el *Dutchbat* actuaba bajo mando y control exclusivos de Naciones Unidas, el Tribunal sostuvo que la atribución debía determinarse atendiendo a quién ejercía control efectivo sobre la conducta específica que dio lugar al daño. El Tribunal determinó que lo relevante no es la existencia de un mandato internacional, sino la capacidad real de adoptar decisiones vinculantes respecto de individuos concretos. Este enfoque, además, se aleja de lo establecido, en este sentido, por el TEDH en *Behrami & Saramati*⁵¹, donde la atribución se basó en la noción de autoridad y control último del Consejo de Seguridad de la ONU. Los tribunales neerlandeses rechazaron esta aproximación considerando que resulta insuficiente para captar la realidad operativa de las misiones a varios niveles.

36. En base a este criterio, el Tribunal Supremo afirmó que, en relación con decisiones relevantes (como permitir o no la permanencia de personas dentro de la base o forzar su salida de esta), el *Dutchbat* actuaba bajo el control efectivo del Estado neerlandés. La ONU mantenía la autoridad general sobre la misión, pero el Estado conservaba el control disciplinario y operativo sobre su batallón, así como la capacidad de dar instrucciones y asumir decisiones inmediatas en situaciones críticas. El hecho de que el *Dutchbat* estuviese desplegado bajo mando de las Naciones Unidas no eliminaba la posibilidad de imputar al Estado las decisiones adoptadas *in situ*. El Tribunal Supremo consolidó la doctrina de la atribución dual: una misma conducta puede atribuirse simultáneamente a una organización internacional y a un Estado cuando ambos ejercen un control relevante⁵².

37. La responsabilidad del Estado neerlandés se apoyó también en el hecho de que las decisiones controvertidas no se habían ejecutado en cumplimiento de órdenes estrictas de la ONU. Los tribunales observaron que el *Dutchbat* conservaba un margen de discrecionalidad táctica en ámbitos

⁴⁹ SGDH (*Gerechtshof Den Haag*; Tribunal de Apelación de La Haya), 5 de julio de 2014, *Mothers of Srebrenica v. The Netherlands*, ECLI:NL:GHDHA:2014:2512, fundamentos jurídicos 5 y 6.

⁵⁰ SHR (*Hoge Raad*; Tribunal Supremo de los Países Bajos), 6 de septiembre de 2013, *Nuhanović v. The Netherlands*, ECLI:NL:HR:2013:BZ9225; SHR (*Hoge Raad*; Tribunal Supremo de los Países Bajos), 6 de septiembre de 2013, *Mustafić v. The Netherlands*, ECLI:NL:HR:2013:BZ9228.

⁵¹ TEDH, *Behrami y Behrami c. Francia y Saramati c. Francia, Alemania y Noruega*, Gran Sala, decisión de inadmisión de 2 de mayo de 2007, núms. 71412/01 y 78166/01, Recopilación de Sentencias y Decisiones 2007.

⁵² SHR (*Hoge Raad*; Tribunal Supremo de los Países Bajos), 6 de septiembre de 2013, *Nuhanović v. The Netherlands*, ECLI:NL:HR:2013:BZ9225, fundamento jurídico 3.

esenciales como la protección inmediata de personas bajo su custodia⁵³. Dicha autonomía en la toma de decisiones fue determinante para establecer un nexo entre la conducta y la responsabilidad de Países Bajos. En la sentencia del 19 de julio de 2019, el Tribunal Supremo aplicó estos criterios al conjunto de hombres que se encontraban dentro o en las inmediaciones del recinto el 13 de julio de 1995. El Tribunal sostuvo que los Países Bajos ejercieron un control efectivo sobre la conducta del *Dutchbat* en relación con la decisión de permitir o no la permanencia de los hombres dentro de la base y que esta decisión era jurídicamente atribuible al Estado⁵⁴. La atribución se basó en decisiones operativas concretas adoptadas bajo control estatal.

38. Esta sentencia supone un cambio de paradigma, superando la protección tradicional de los Estados contribuyentes frente a reclamaciones derivadas de operaciones de paz. Sin cuestionar la inmunidad de la ONU ni desarticular el marco institucional de las misiones internacionales, los tribunales neerlandeses articularon una vía de imputación basada, de forma exclusiva, en la conducta del Estado, examinada respecto al control efectivo ejercido en circunstancias específicas.

39. Una vez afirmada la atribución de la conducta al Estado neerlandés, el Tribunal Supremo abordó la cuestión de la ilicitud de la conducta y la imputación del daño. El razonamiento judicial, en este sentido, se construyó sobre dos premisas. Por un lado, la existencia de un deber de diligencia respecto de personas sometidas al control efectivo del batallón. Por otro, la imposibilidad de reconstruir con certeza qué habría ocurrido de haber actuado de forma distinta.

40. De acuerdo con el Tribunal Supremo, el *Dutchbat* observó una conducta contraria a Derecho al cooperar en la evacuación de los hombres y permitir su expulsión de la base, a pesar de conocer el riesgo real e inmediato para su vida⁵⁵. No se exigió demostrar una participación directa en las ejecuciones o la intención de causar el resultado final, sino que se centró en la omisión de medidas razonables de protección frente a un peligro extremo sobradamente conocido⁵⁶. Es decir, no se exigió una relación causal directa entre la omisión y el resultado final⁵⁷. La ilicitud no dependía de la posibilidad de ofrecer una protección absoluta o indefinida, sino de negar el permiso a los hombres para permanecer en la base durante un período de tiempo, aunque limitado, cuando ello podía reducir (aunque no eliminar) el riesgo de ser ejecutados.

41. La cuestión más compleja del caso fue la causalidad. El Tribunal Supremo reconoció de forma expresa que era imposible determinar con certeza qué habría sucedido si los hombres hubiesen permanecido en la base⁵⁸. La enorme magnitud del crimen y la intervención de múltiples actores impedían establecer una relación causal directa entre la conducta del batallón y la muerte de cada una de las víctimas. Frente a esta dificultad probatoria, el Tribunal rechazó que la incertidumbre se aplicase de forma automática en perjuicio de las demandantes. El Tribunal recurrió a la doctrina de la “pérdida de oportunidad” (*loss of chance* o *kansschade*), propia del Derecho civil neerlandés. Esta doctrina establece que,

⁵³ SHR (*Hoge Raad*; Tribunal Supremo de los Países Bajos), 6 de septiembre de 2013, *Nuhanović v. The Netherlands*, ECLI:NL:HR:2013:BZ9225, fundamento jurídico 3.

⁵⁴ SHR (*Hoge Raad*; Tribunal Supremo de los Países Bajos), 19 de julio de 2019, *The State of the Netherlands v. Respondents & Stichting Mothers of Srebrenica*, ECLI:NL:HR:2019:1223, fundamento jurídico 3.

⁵⁵ SHR (*Hoge Raad*; Tribunal Supremo de los Países Bajos), 19 de julio de 2019, *The State of the Netherlands v. Respondents & Stichting Mothers of Srebrenica*, ECLI:NL:HR:2019:1223, fundamento jurídico 4.

⁵⁶ Este enfoque, además, se inspira en lo establecido por el TEDH en *Osman v. United Kingdom*, donde se dispuso que la responsabilidad puede derivarse de la inacción de las autoridades cuando existe conocimiento del riesgo y capacidad de actuación. Véase: STEDH, *Osman c. Reino Unido*, 28 de octubre de 1998, núm. 23452/94, Recopilación de Sentencias y Decisiones 1998-VIII.

⁵⁷ Véase: C. RYNGAERT y O. SPIJKERS, “The End of the Road: State Liability for Acts of UN Peacekeeping Contingents After the Dutch Supreme Court’s Judgment in Mothers of Srebrenica”, *Netherlands International Law Review*, Vol. 66, 2019, pp. 537-553. <https://doi.org/10.1007/s40802-019-00149-z>

⁵⁸ SHR (*Hoge Raad*; Tribunal Supremo de los Países Bajos), 19 de julio de 2019, *The State of the Netherlands v. Respondents & Stichting Mothers of Srebrenica*, ECLI:NL:HR:2019:1223, fundamento jurídico 4.

cuando una conducta ilícita priva a la víctima de una oportunidad real (aunque sea limitada) de evitar el daño, la responsabilidad puede imputarse en proporción a la probabilidad de que dicha oportunidad se hubiera materializado⁵⁹. Esta solución es una suerte de adaptación del Derecho de daños a contextos de crímenes internacionales en los que la incertidumbre probatoria no es imputable a las víctimas⁶⁰.

42. El propio Tribunal afirmó que era imposible afirmar con absoluta certeza que los hombres habrían sobrevivido, pero sí que habrían tenido alguna posibilidad de sobrevivir si se hubiesen quedado en la base. El Tribunal estudió las tasas de supervivencia de otros hombres que lograron esconderse o huir al bosque: entre un 10% y un 30%. En este sentido, el Tribunal adoptó un enfoque muy prudente y fijó la “pérdida de oportunidad” indemnizable en el 10% al considerar que esta cifra reflejaba de una manera razonable la probabilidad mínima de supervivencia que el *Dutchbat* había eliminado con su conducta. Esta cuantificación no ha estado exenta de debates. Algunos autores consideran que la fijación porcentual carece de una base empírica plenamente verificable⁶¹, mientras otros destacan que la función de la “pérdida de oportunidad” no es reconstruir exactamente el curso de los acontecimientos, sino tratar de evitar que la incertidumbre causal conduzca a la exoneración total del responsable cuando su conducta ha incrementado de una forma más que significativa el riesgo⁶².

43. El Tribunal insistió en el que el porcentaje del 10% no debía interpretarse como una valoración moral del genocidio ni como una estimación del valor de las vidas perdidas, sino como un modo de imputar parcialmente el daño, limitado a la contribución específica de la conducta del Estado al resultado final. Países Bajos no responde por el genocidio como tal, sino por haber incrementado el riesgo y suprimido una posibilidad real, aunque limitada, de sobrevivir. De este modo se establecieron las bases para que los tribunales nacionales pudiesen desempeñar un papel relevante en la reparación civil de crímenes internacionales.

44. No obstante, cabe señalar antes de finalizar con este epígrafe, que el Tribunal no fijó una indemnización concreta en la sentencia de 19 de julio de 2019, sino que declaró la responsabilidad parcial del Estado (limitada al 10 %) por la pérdida de oportunidad de supervivencia de los hombres expulsados de la base del *Dutchbat*, remitiendo la cuantificación del daño a una fase posterior. Las indemnizaciones finalmente acordadas tuvieron un carácter limitado y simbólico, y únicamente los familiares de los hombres que se encontraban dentro del recinto del *Dutchbat* pudieron reclamar la indemnización, quedando excluidas las demás víctimas del genocidio. A diferencia del caso colectivo, en los casos individuales Nuhanović y Mustafić el Estado neerlandés fue condenado a una reparación íntegra del daño causado, al haberse acreditado la expulsión ilícita de personas concretas bajo su control efectivo.

IV. Los tribunales nacionales como vía complementaria de reparación en los crímenes internacionales

1. El proceso civil nacional como vía complementaria de reparación

45. El caso *Mothers of Srebrenica* puso de manifiesto las limitaciones del sistema internacional para ofrecer una reparación individual efectiva a las víctimas de crímenes internacionales. Pese al reco-

⁵⁹ Sobre la *kansschade*, véase: R. RIJNHOUT, “Mothers of Srebrenica: Causation and Partial Liability under Dutch Tort Law”, *Utrecht Journal of International and European Law*, Vol. 36, Núm. 2, 2021, pp. 127-140. <https://doi.org/10.5334/ujiel.543>

⁶⁰ C. RYNGAERT y O. SPIJKERS, “The End of the Road: State Liability for Acts of UN Peacekeeping Contingents After the Dutch Supreme Court’s Judgment in Mothers of Srebrenica”, *Netherlands International Law Review*, Vol. 66, 2019, pp. 537-553. <https://doi.org/10.1007/s40802-019-00149-z>

⁶¹ Z. RATNIECE, “Fair Trial in Mothers of Srebrenica et al.: Guessing as a Form of Reasoning”, *Utrecht Journal of International and European Law*, Vol. 36, Núm. 2, 2021, pp. 181-191. <https://doi.org/10.5334/ujiel.547>

⁶² R. RIJNHOUT, “Mothers of Srebrenica: Causation and Partial Liability under Dutch Tort Law”, *Utrecht Journal of International and European Law*, Vol. 36, Núm. 2, 2021, pp. 127-140. <https://doi.org/10.5334/ujiel.543>

nocimiento jurídico del genocidio de Srebrenica tanto por el TPIY como por la CIJ, las víctimas quedaron privadas de un mecanismo que permitiese articular reclamaciones individualizadas frente a los responsables institucionales de los hechos. El Derecho internacional público se centra en la responsabilidad penal individual y en la responsabilidad internacional de los Estados, en clave interestatal, pero no ha desarrollado instrumentos para canalizar las pretensiones indemnizatorias individuales en este tipo de contextos.

46. Podemos hablar de la existencia de un déficit de reparación para las víctimas de crímenes internacionales en el Derecho internacional, particularmente acusado en escenarios como el de este caso, caracterizados por la concurrencia de estructuras de mando a varios niveles, la intervención de organizaciones internacionales (con inmunidad jurisdiccional) y la fragmentación de responsabilidades⁶³. En este contexto, la ausencia de un foro internacional accesible y con competencia para conocer de las reclamaciones civiles individuales genera un riesgo de denegación de justicia. Las víctimas no disponen, en la práctica, de vías internacionales ni internas efectivas. En este vacío el acceso a tribunales nacionales mediante acciones civiles emerge como una vía residual para articular mecanismos de reparación transnacional. No es una sustitución, en ningún caso, de la propia justicia internacional, sino un complemento orientado a producir efectos reparadores concretos para las víctimas⁶⁴.

47. El procedimiento ante los tribunales neerlandeses pretendía encontrar una vía alternativa frente a la imposibilidad de obtener reparación en el plano internacional. Algunos autores han señalado que se trata de justicia complementaria, en la que los tribunales nacionales actúan como foros de último recurso cuando los mecanismos internacionales resultan inaccesibles o insuficientes⁶⁵. Ello no supone que los tribunales estatales sean jueces “universales” de crímenes internacionales, pero, a través del uso de reglas de competencia judicial internacional y de la articulación de la responsabilidad civil interna, pueden desempeñar un papel decisivo en la canalización de reclamaciones derivadas de violaciones graves del Derecho internacional humanitario y de los derechos humanos.

48. Por supuesto, este desplazamiento hacia el plano civil interno no está exento de límites. El acceso a los tribunales civiles nacionales en contextos de crímenes internacionales no constituye una vía generalizada, ni mucho menos automática, sino una opción excepcional, condicionada a la inexistencia de mecanismos internacionales de reparación individual, a la presencia de un vínculo jurídicamente relevante con el foro y a la delimitación estricta del objeto del litigio a la responsabilidad civil propia del Estado demandado. Realmente hablamos de un mecanismo excepcional, condicionado a la concurrencia de estos presupuestos acumulativos. Tal y como puede observarse en el caso *Mothers of Srebrenica*, la activación de la justicia civil estatal sólo es viable cuando se constata, en primer lugar, la inexistencia de mecanismos internacionales con competencia para ofrecer una reparación individual efectiva. En segundo lugar, debe existir un vínculo jurídicamente relevante entre el Estado demandado y la conducta controvertida, en términos de control efectivo o de ejercicio de autoridad estatal propia. Finalmente, también tiene que existir una delimitación del objeto del litigio a la responsabilidad civil del Estado por actos u omisiones de sus órganos. Es decir, no debe haber una pretensión de revisar la calificación penal internacional de los hechos o de entrar a valorar el régimen de inmunidades de las organizaciones internacionales⁶⁶.

⁶³ Véase: Z. RATNIECE, “Fair Trial in Mothers of Srebrenica et al.: Guessing as a Form of Reasoning”, *Utrecht Journal of International and European Law*, Vol. 36, Núm. 2, 2021, pp. 181-191. <https://doi.org/10.5334/ujiel.547>; S. SPIJKERS, “Questions of Legal Responsibility for Srebrenica before the Dutch Courts”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 14, Núm. 4, 2016, pp. 819-843. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqw043>; S. SPIJKERS, “Responsibility of the Netherlands for the Genocide in Srebrenica”, *Journal of International Peacekeeping*, Vol. 18, Núm.3-4, 2014, pp. 281-289. <https://doi.org/10.1163/18754112-1804009>

⁶⁴ A. MILLS, *The Confluence of Public and Private International Law*, Cambridge, University Press, 2009, pp. 211-297.

⁶⁵ C. RYNGAERT, “Attributing Conduct in the Law of State Responsibility: Lessons from Dutch Courts Applying the Control Standard in the Context of International Military Operations”, *Utrecht Journal of International and European Law*, Vol. 36, Núm. 2, 2021, pp. 170-180. <https://doi.org/10.5334/ujiel.546>

⁶⁶ Sobre esta cuestión: L. PASQUET, “Litigating the Immunities of International Organizations in Europe: The ‘Alternative-Remedy’ Approach and its ‘Humanizing’ Function”, *Utrecht Journal of International and European Law*, Vol. 36, Núm. 2, 2021, pp. 192-205. <https://doi.org/10.5334/ujiel.551>

49. Este tipo de actuaciones civiles transnacionales no están tampoco llamadas a resolver de forma íntegra los déficits del sistema internacional de responsabilidad, sino más bien, a mitigar sus consecuencias más severas (e injustas) en términos de acceso a la justicia, sin cuestionar la atribución de responsabilidades en el plano internacional⁶⁷. El valor del caso objeto de este estudio reside, por tanto, en la demostración de que el Derecho internacional privado también puede desempeñar una función relevante en este tipo de contextos, permitiendo que las víctimas de crímenes internacionales accedan, al menos parcialmente, a formas de reparación civil cuando el sistema internacional no ofrece respuestas suficientes.

2. La competencia judicial como condición de acceso a la reparación civil transnacional

50. Uno de los aspectos más relevantes del caso objeto de este estudio reside en la afirmación de la competencia judicial de los tribunales neerlandeses para conocer reclamaciones civiles derivadas de hechos ocurridos fuera de su territorio, en el marco de una operación de paz de las Naciones Unidas. La competencia actúa, evidentemente, como una condición para que la reparación sea posible, en la medida en la que determina si las víctimas pueden acceder, aunque sea parcialmente, a una vía de tutela judicial efectiva. La ONU goza de inmunidad jurisdiccional absoluta (incluso frente a alegaciones de violaciones graves del Derecho internacional humanitario), el TPIY carecía de competencia para conocer de reclamaciones civiles individuales y los tribunales de Bosnia no ofrecían, en la práctica, garantías reales de acceso efectivo a la justicia en relación con la conducta de fuerzas extranjeras desplegadas bajo mandato internacional. En este sentido, la negativa de los tribunales neerlandeses a asumir el caso habría supuesto, en la práctica, la denegación total de justicia para las víctimas.

51. La afirmación de la competencia por parte del Tribunal de Distrito de La Haya puede interpretarse, en cierto modo, como la respuesta a un vacío. El Tribunal no fundamentó, evidentemente, su competencia en la inexistencia de vías alternativas de reparación, pero su decisión de conocer del fondo de la demanda frente al Estado neerlandés solo resulta comprensible a la luz del vacío jurisdiccional existente para las víctimas, derivado tanto de la inmunidad absoluta de Naciones Unidas como de la ausencia de foros internacionales con competencia para conocer de reclamaciones civiles individuales⁶⁸. El Tribunal aceptó conocer de la demanda, en primer lugar, por el objeto. No se estaba solicitando juzgar el genocidio, sino examinar la posible responsabilidad civil de Países Bajos por la conducta del *Dutchbat*. Ello permitió reconducir el caso al derecho de la responsabilidad extracontractual. En segundo lugar, por la existencia de un vínculo jurídico suficiente con el foro. El Tribunal consideró que existía una conexión relevante entre los Países Bajos y la conducta controvertida, en la medida en la que el *Dutchbat* estaba compuesto por soldados neerlandeses, sometidos a disciplina y autoridad estatal, y, además, actuando, al menos en parte, bajo el control del Estado. Es decir, la conducta no era jurídicamente ajena al Estado. Y, finalmente, porque no existía un obstáculo que impidiera conocer del fondo. El Tribunal afirmó con rotundidad la inmunidad absoluta de las Naciones Unidas y las excluyó del proceso, pero el Estado neerlandés no gozaba de tal inmunidad frente a una acción civil por actos de sus órganos.

52. El vínculo entre el Estado demandado y la conducta dañosa resulta absolutamente imprescindible para delimitar el alcance de la competencia. Los tribunales neerlandeses no juzgaron el genocidio. Tampoco pretendían ejercer una forma de jurisdicción civil universal sobre crímenes internacionales cometidos en el extranjero. Únicamente examinaron la posible responsabilidad civil del Estado neerlandés por los actos u omisiones de sus órganos mientras conservaban control efectivo sobre la toma de decisiones⁶⁹. Su postura es plenamente coherente con la del TEDH en materia de acceso a la justicia.

⁶⁷ A. NOLLKAEMPER y D. JACOBS, "Shared Responsibility in International Law: A Conceptual Framework", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 34, Núm. 2, 2013, pp. 359-438. Disponible en: <https://repository.law.umich.edu/mjil/vol34/iss2/3>

⁶⁸ SRDH (*Rechtbank Den Haag*; Tribunal de Distrito de La Haya), 10 de julio de 2008, *Stichting Mothers of Srebrenica v. The Netherlands and the United Nations*, ECLI:NL:RBSGR:2008:BD6795, fundamento jurídico 5.

⁶⁹ SHR (*Hoge Raad*; Tribunal Supremo de los Países Bajos), 6 de septiembre de 2013, *Nuhanović v. The Netherlands*, ECLI:NL:HR:2013:BZ9225, fundamento jurídico 3; SHR (*Hoge Raad*; Tribunal Supremo de los Países Bajos), 19 de julio de

Los Estados deben evitar interpretaciones restrictivas de las normas de competencia si se traducen en una privación absoluta de tutela judicial en casos de graves violaciones de derechos humanos⁷⁰.

53. El alcance de la competencia debe ser delimitado. La competencia no se basa en la gravedad de los crímenes, sino en la existencia de vínculos específicos con el foro, así como en la naturaleza del objeto del procedimiento. Lo que hace relevante el caso *Mothers of Srebrenica* es la acumulación de factores que permitieron la intervención judicial. Existía una evidente conexión con el Estado demandado y la controversia se delimitaba a la responsabilidad civil de éste. La competencia judicial afirmada en este procedimiento no supone que exista una jurisdicción civil universal por crímenes internacionales, pero sí confirma la capacidad de operar de los tribunales nacionales en casos de responsabilidad civil cuando se dan las condiciones necesarias, ofreciendo una vía reparadora individual⁷¹.

3. La determinación de la ley aplicable

54. Tras aceptarse la competencia por parte de los tribunales neerlandeses, el caso planteaba la determinación del Derecho aplicable a la responsabilidad civil del Estado por su conducta en el marco de la operación de paz de Naciones Unidas. La elección de la ley aplicable constituye un elemento central, en este sentido, y los tribunales neerlandeses optaron por aplicar el Derecho civil neerlandés, más concretamente el artículo 6:162 del *Burgerlijk Wetboek* (Código Civil) relativo a la responsabilidad extracontractual por actos ilícitos (*onrechtmatige daad*). La elección de la norma aplicable se debió al vínculo existente entre el Estado demandado, la conducta ilícita y el daño alegado. Efectivamente, el objeto del procedimiento no era el genocidio (perpetrado por las fuerzas serbobosnias) sino la responsabilidad civil de Países Bajos por la actuación u omisión del batallón que, actuando en el marco de una misión internacional, conservaba un margen de control sobre decisiones decisivas para la vida de las personas. En este sentido, el Derecho civil interno permite transformar la violación de una obligación internacional (la prohibición de exponer a personas bajo control a un riesgo real e inmediato para la vida) en una obligación patrimonial concreta frente a las víctimas⁷².

55. En el caso *Mothers of Srebrenica*, se aplicaron estándares como el conocimiento de un riesgo real e inmediato (formulado por el TEDH en *Osman v. United Kingdom*)⁷³, incorporándolos al análisis de la antijuricidad civil bajo el artículo 6:162 BW. La aplicación del Derecho civil neerlandés resultó especialmente relevante en relación con la configuración del daño y del nexo causal. En este caso, como ya se ha mencionado previamente, el Tribunal recurrió a la doctrina de la “pérdida de oportunidad” (*loss of chance* o *kansschade*), la figura del Derecho civil neerlandés que establece que, cuando una conducta ilícita priva a la víctima de una oportunidad real (aunque limitada) de evitar el daño, la responsabilidad puede imputarse en proporción a la probabilidad de que dicha oportunidad se hubiera materializado⁷⁴.

2019, *The State of the Netherlands v. Respondents & Stichting Mothers of Srebrenica*, ECLI:NL:HR:2019:1223, fundamento jurídico 3.

⁷⁰ STEDH, *Cyprus v. Turkey*, 12 de mayo de 2014, demanda núm. 25781/94, *Reports of Judgments and Decisions* 2014; STEDH, *Ilascu and Others v. Moldova and Russia*, 8 de julio de 2004, demanda núm. 48787/99, *Reports of Judgments and Decisions* 2004-VII.

⁷¹ C. RYNGAERT, “Attributing Conduct in the Law of State Responsibility: Lessons from Dutch Courts Applying the Control Standard in the Context of International Military Operations”, *Utrecht Journal of International and European Law*, Vol. 36, Núm. 2, 2021, pp. 170-180. <https://doi.org/10.5334/ujiel.546>;

⁷² A. MILLS, *The Confluence of Public and Private International Law*, Cambridge, University Press, 2009, pp. 211-297

⁷³ STEDH, *Osman v. United Kingdom*, 28 de octubre de 1998, demanda núm. 23452/94, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VIII.

⁷⁴ R. RIJNHOUT, “Mothers of Srebrenica: Causation and Partial Liability under Dutch Tort Law”, *Utrecht Journal of International and European Law*, Vol. 36, Núm. 2, 2021, pp. 127-140. <https://doi.org/10.5334/ujiel.543>; L. PASQUET, “Litigating the Immunities of International Organizations in Europe: The ‘Alternative-Remedy’ Approach and its ‘Humanizing’ Function”, *Utrecht Journal of International and European Law*, Vol. 36, Núm. 2, 2021, pp. 192-205. <https://doi.org/10.5334/ujiel.551>; Z. RATNIECE, “Fair Trial in Mothers of Srebrenica et al.: Guessing as a Form of Reasoning”, *Utrecht Journal of International and European Law*, Vol. 36, Núm. 2, 2021, pp. 181-191. <https://doi.org/10.5334/ujiel.547>; A. NOLLKAEMPER y D. JACOBS, “Shared

4. Aportaciones y límites del caso *Mothers of Srebrenica*

56. Como se ha puesto de manifiesto en este estudio, el caso *Mothers of Srebrenica* ofrece una aportación relevante al demostrar que, en circunstancias excepcionales, los instrumentos clásicos del proceso civil transnacional pueden desempeñar una función significativa como mecanismo de reparación frente a crímenes internacionales. En este sentido, no podemos afirmar, evidentemente, que exista una responsabilidad civil global ni la apertura de una jurisdicción universal en materia indemnizatoria, pero sí confirma la posibilidad de una vía complementaria de reparación individual en contextos que se caracterizan por la ausencia de mecanismos internacionales efectivos.

57. El caso evidencia la capacidad de los mecanismos civiles nacionales para poder evitar situaciones de impunidad derivadas de inmunidades institucionales, fragmentación de responsabilidades y ausencia de foros internacionales accesibles para las víctimas. El proceso civil nacional puede proporcionar reparación individual siempre que concurren vínculos jurídicos suficientes y una delimitación rigurosa del objeto del procedimiento.

58. El caso también pone de manifiesto los límites estructurales del recurso a estas vías civiles como mecanismo de reparación de crímenes internacionales. El acceso a la justicia fue selectivo, limitado a aquellas víctimas que se encontraban bajo control efectivo del batallón neerlandés, quedando excluida la mayoría de las víctimas del genocidio. Igualmente, la reparación fue parcial, tanto en términos cuantitativos como cualitativos. La aplicación de la doctrina de la “pérdida de oportunidad” permitió imputar responsabilidad sin exigir una prueba imposible del nexo causal directo, pero condujo a indemnizaciones muy limitadas, de alcance esencialmente simbólico.

59. El modelo neerlandés no cuestionó el régimen de las organizaciones internacionales. Naciones Unidas permaneció fuera del procedimiento y la responsabilidad declarada recayó de forma exclusiva sobre el Estado contribuyente, por lo que este tipo de mecanismos civiles solo pueden operar en los márgenes que el ordenamiento internacional deja abiertos y no constituyen, por sí mismos, una vía para superar los límites estructurales derivados de la inmunidad de las organizaciones internacionales⁷⁵.

60. *Mothers of Srebrenica* no ofrece, evidentemente, un modelo general de responsabilidad civil transnacional por crímenes internacionales. Pero sí ofrece una respuesta a un contexto excepcional, caracterizada por concurrir la inexistencia de reparación internacional, el vínculo con el Estado demandado y la disponibilidad de categorías civiles internas capaces de dar respuesta a la complejidad del daño⁷⁶. Muestra, a fin de cuentas, la posibilidad de que un proceso civil nacional ofrezca respuestas parciales pero significativas para las víctimas de crímenes internacionales.

V. Consideraciones finales

61. La masacre de Srebrenica constituye uno de los fracasos más graves del sistema internacional en lo relativo a la protección de civiles y, al mismo tiempo, un punto de inflexión en materia de clasificación de crímenes y responsabilidad penal. Sin embargo, tal y como se ha visto en este estudio, el reconocimiento jurídico del genocidio por parte del TPIY y de la CIJ no se tradujo en mecanismos efec-

Responsibility in International Law: A Conceptual Framework”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 34, Núm. 2, 2013, pp. 359-438. Disponible en: <https://repository.law.umich.edu/mjil/vol34/iss2/3>

⁷⁵ L. PASQUET, “Litigating the Immunities of International Organizations in Europe: The ‘Alternative-Remedy’ Approach and its ‘Humanizing’ Function”, *Utrecht Journal of International and European Law*, Vol. 36, Núm. 2, 2021, pp. 192-205. <https://doi.org/10.5334/ujiel.551>

⁷⁶ C. RYNGAERT, “Attributing Conduct in the Law of State Responsibility: Lessons from Dutch Courts Applying the Control Standard in the Context of International Military Operations”, *Utrecht Journal of International and European Law*, Vol. 36, Núm. 2, 2021, pp. 170-180. <https://doi.org/10.5334/ujiel.546>

tivos de reparación individual para las víctimas. Treinta años después, Srebrenica sigue evidenciando la debilidad del Derecho internacional para ofrecer reparación individual a quienes sufrieron de forma directa el daño.

62. El análisis del caso *Mothers of Srebrenica* ante los tribunales neerlandeses muestra la ausencia de foros con competencia para articular reclamaciones civiles individuales frente a actores institucionales. La inmunidad de la ONU, confirmada por el TEDH, cerró toda posibilidad de análisis judicial de la actuación de la organización, desplazando el foco hacia el Estado contribuyente de tropas. En este sentido, los tribunales neerlandeses generaron una vía de acceso a la justicia muy delimitada, basada en la atribución de conductas al Estado a partir del control efectivo ejercido sobre decisiones operativas concretas y en la constatación de un deber de diligencia respecto de las personas sometidas a su autoridad *de facto*.

63. La aceptación de la competencia por el Tribunal de Distrito de La Haya no respondió a la gravedad evidente del genocidio ni a la afirmación de una jurisdicción civil universal, sino a la delimitación del objeto del procedimiento a la eventual responsabilidad civil del Estado por la conducta del *Dutchbat*, la existencia de un vínculo jurídico suficiente con el foro y la inexistencia de un obstáculo jurisdiccional que impidiera el examen del fondo.

64. La aplicación del Derecho civil neerlandés permitió abordar la responsabilidad del Estado mediante categorías del Derecho de daños. El Tribunal se apoyó en la doctrina de la “pérdida de oportunidad”, que permite valorar el daño sin exigir una prueba de relación causal directa con el resultado final. Esto permitió declarar la responsabilidad parcial de Países Bajos.

65. Sin embargo, el acceso a la reparación fue selectivo, restringido a un grupo reducido de víctimas. La indemnización tuvo un alcance prácticamente simbólico. En este caso no se cuestionó la inmunidad de las organizaciones internacionales ni se observó un mecanismo general de responsabilidad civil transnacional. El valor del caso reside en mostrar que, en circunstancias excepcionales, los procedimientos civiles nacionales podían actuar como herramienta complementaria para hacer frente a los déficits del sistema internacional en materia de reparación de las víctimas.

Referencias bibliográficas

- A. J. BELLAMY, *Responsibility to Protect: The Global Effort to End Mass Atrocities*, 2ª ed., Polity Press, Cambridge, 2015.
- A. NOLLKAEMPER y D. JACOBS, “Shared Responsibility in International Law: A Conceptual Framework”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 34, Núm. 2, 2013, pp. 359-438. Disponible en: <https://repository.law.umich.edu/mjil/vol34/iss2/3>
- A. MILLS, *The Confluence of Public and Private International Law*, Cambridge, University Press, 2009, pp. 211-297.
- C. GUTIÉRREZ ESPADA, “Un viaje a Srebrenica”, en M. MENÉNDEZ ALZAMORA (Ed.), *Yugoslavia, el eclipse de la política. Europa ensombrecida*, Universidad de Alicante, 2022, pp. 41-57, p. 45).
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales*, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2011. Disponible en: https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_2011_v2_p2.pdf
- COMISIÓN INTERNACIONAL SOBRE INTERVENCIÓN Y SOBERANÍA DE LOS ESTADOS, “La responsabilidad de proteger”, diciembre 2001, disponible en <https://docs.un.org/es/A/57/303>
- CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS, Resolución S/RES/819 (1993), “Bosnia y Herzegovina”, 16 abril 1993, disponible en [https://docs.un.org/es/S/RES/819\(1993\)](https://docs.un.org/es/S/RES/819(1993))
- CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS, Resolución S/RES/824 (1993), “Bosnia y Herzegovina”, 6 mayo 1993, disponible en [https://docs.un.org/es/S/RES/824\(1993\)](https://docs.un.org/es/S/RES/824(1993))

- CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS, Resolución S/RES/827 (1993), “Tribunal (ex Yugoslavia)”, 25 mayo 1993, disponible en [https://docs.un.org/es/S/RES/827\(1993\)](https://docs.un.org/es/S/RES/827(1993))
- C. RYNGAERT, “Peacekeepers Facilitating Human Rights Violations: The Liability of the Dutch State in the Mothers of Srebrenica Cases”, *Neth Int Law Rev*, Vol. 64, 2017, pp. 453-535. <https://doi.org/10.1007/s40802-017-0101-6>
- C. RYNGAERT y O. SPIJKERS, “The End of the Road: State Liability for Acts of UN Peacekeeping Contingents After the Dutch Supreme Court’s Judgment in Mothers of Srebrenica”, *Netherlands International Law Review*, Vol. 66, 2019, pp. 537-553. <https://doi.org/10.1007/s40802-019-00149-z>
- C. RYNGAERT, “Attributing Conduct in the Law of State Responsibility: Lessons from Dutch Courts Applying the Control Standard in the Context of International Military Operations”, *Utrecht Journal of International and European Law*, Vol. 36, Núm. 2, 2021, pp. 170-180. <https://doi.org/10.5334/ujiel.546>
- G. EVANS, *The Responsibility to Protect: Ending Mass Atrocity Crimes Once and for All*, Brookings Institution Press, Washington D.C., 2008.
- J. Á. RUIZ JIMÉNEZ, *Yugoslavia, la guerra y la paz en los nuevos países balcánicos*, Síntesis, Madrid, 2024.
- J. HASANBASIC, “Liability in Peacekeeping Missions: A Civil Cause of Action for the Mothers of Srebrenica Against the Dutch Government and the United Nations”, *Emory International Law Review*, Vol. 29, Núm. 2, 2014, pp. 415-450. Disponible en: <https://scholarlycommons.law.emory.edu/eilr/vol29/iss2/4/>
- L. PASQUET, “Litigating the Immunities of International Organizations in Europe: The ‘Alternative-Remedy’ Approach and its ‘Humanizing’ Function”, *Utrecht Journal of International and European Law*, Vol. 36, Núm. 2, 2021, pp. 192-205. <https://doi.org/10.5334/ujiel.551>
- M. DRUMBL, “Victimhood in Our Neighborhood: Terrorist Crime, Taliban Guilt, And the Asymmetries of the International Legal Order”, *North Carolina Law Review*, Vol. 81, Núm.1, 2002, pp. 1-113. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.286637>
- M. I. PAPA, “The Mothers of Srebrenica Case before the European Court of Human Rights. United Nations Immunity versus Right of Access to a Court”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 14, 2015, pp. 893-907. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqw040>
- NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, Informe del Secretario General titulado “La caída de Srebrenica”, A/54/549, 15 noviembre 1999, pp. 1-370, disponible en https://digitallibrary.un.org/record/372298/files/A_54_549-ES.pdf
- NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL Y CONSEJO DE SEGURIDAD, *Report of the Panel on United Nations Peace Operations* (Informe Brahimi), A/55/305-S/2000/809, 21 agosto 2000, disponible en <https://digitallibrary.un.org/record/422144>
- NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, Resolución A/RES/60/1, “Documento Final de la Cumbre Mundial 2005”, 16 septiembre 2005, disponible en <https://docs.un.org/es/A/RES/60/1>
- NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, Informe del Secretario General sobre Rwanda y Srebrenica, A/64/864, 30 agosto 2010, disponible en <https://digitallibrary.un.org/record/690179>
- NIOD INSTITUTE FOR WAR, HOLOCAUST AND GENOCIDE STUDIES, *Srebrenica. Reconstruction, Background, Consequences and Analyses of the Fall of a “Safe” Area*, Amsterdam, 2002. Disponible en: <https://niod.contentdm.oclc.org/digital/collection/p21083coll7/id/1/rec/16>
- O. A. HATHAWAY, C. EWELL y E. NOHLE, “Has the Alien Tort Statute Made a Difference? A Historical, Empirical, and Normative Assessment”, *Cornell Law Review*, Vol. 107, 2022, pp. 1205-1317. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3927162>
- P. BALL, E. TABEAU y P. VERWIMP, “The Bosnian Book of Dead: Assessment of the Database. Full Report”, *Households in Conflict Network*, Institute of Development Studies, University of Sussex, HiCN Research Design Note 5, 2007, disponible en: <https://hrdag.org/wp-content/uploads/2013/02/rdn5.pdf>
- P. PERISIC, “Attribution of Conduct in UN Peacekeeping Operations”, *Pécs Journal of International and European Law*, Vol. I, 2020, pp. 9-23.
- R. BERMEJO GARCÍA y C. GUTIÉRREZ ESPADA, *La disolución de Yugoslavia*, Ediciones de la Universidad de Navarra, Barañáin (Navarra), 2007.

- R. GULATI, “The Immunities of International Organisations: The End of Impunity?”, *Opinio Juris*, 2019. Disponible en: <https://opiniojuris.org/2019/03/01/the-immunities-of-international-organisations-the-end-of-impunity/>
- R. RIJNHOUT, “Mothers of Srebrenica: Causation and Partial Liability under Dutch Tort Law”, *Utrecht Journal of International and European Law*, Vol. 36, Núm. 2, 2021, pp. 127-140. <https://doi.org/10.5334/ujiel.543>
- R. THAKUR, *The United Nations, Peace and Security: From Collective Security to the Responsibility to Protect*, 2ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2016.
- S. D. BACHMANN, *Civil Responsibility for Gross Human Rights Violations: The Need for a Global Instrument*, Pretoria University Law Press, 2007.
- S. RECCHIA, “The Paradox of Safe Areas in Ethnic Civil Wars”, *Global Responsibility to Protect*, Vol. 10, 2018, pp. 362–386. <https://doi.org/10.1163/1875984X-01003006>
- S. SPIJKERS, “Responsibility of the Netherlands for the Genocide in Srebrenica”, *Journal of International Peacekeeping*, Vol. 18, Núm.3-4, 2014, pp. 281-289. <https://doi.org/10.1163/18754112-1804009>
- S. SPIJKERS, “Questions of Legal Responsibility for Srebrenica before the Dutch Courts”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 14, Núm. 4, 2016, pp. 819-843. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqw043>
- T. BRINGA, “The peaceful death of Tito and the violent end of Yugoslavia”, en J. BORNEMAN (Ed.), *Death of the Father: An Anthropology of the End in Political Authority*, Berghahn Books, New York-Oxford, 2004, pp. 148–200.
- Z. RATNIECE, “Fair Trial in Mothers of Srebrenica et al.: Guessing as a Form of Reasoning”, *Utrecht Journal of International and European Law*, Vol. 36, Núm. 2, 2021, pp. 181-191. <https://doi.org/10.5334/ujiel.547>

Jurisprudencia

- SCIJ 26 febrero 2007, *Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*.
- SGDH (*Gerechtshof Den Haag*; Tribunal de Apelación de La Haya), 5 de julio de 2011, *Mothers of Srebrenica v. The Netherlands*, ECLI:NL:GHSGR:2011:BR5388.
- SGDH (*Gerechtshof Den Haag*; Tribunal de Apelación de La Haya), 5 de julio de 2014, *Mothers of Srebrenica v. The Netherlands*, ECLI:NL:GHDHA:2014:2512.
- SHR (*Hoge Raad*; Tribunal Supremo de los Países Bajos), 6 de septiembre de 2013, *Nuhanović v. The Netherlands*, ECLI:NL:HR:2013:BZ9225.
- SHR (*Hoge Raad*; Tribunal Supremo de los Países Bajos), 6 de septiembre de 2013, *Mustafić v. The Netherlands*, ECLI:NL:HR:2013:BZ9228.
- SHR (*Hoge Raad*; Tribunal Supremo de los Países Bajos), 19 de julio de 2019, *The State of the Netherlands v. Respondents & Stichting Mothers of Srebrenica*, ECLI:NL:HR:2019:1223.
- SRDH (*Rechtbank Den Haag*; Tribunal de Distrito de La Haya), 10 de julio de 2008, *Stichting Mothers of Srebrenica v. The Netherlands and the United Nations*, ECLI:NL:RBSGR:2008:BD6795.
- STEDH, *Osman v. United Kingdom*, 28 de octubre de 1998, demanda núm. 23452/94, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VIII.
- STEDH, *Beer and Regan c. Alemania*, 18 de febrero de 1999, núm. 28934/95, *Recopilación de Sentencias y Decisiones* 1999-I.
- STEDH, *Waite and Kennedy c. Alemania*, 18 de febrero de 1999, núm. 26083/94, *Recopilación de Sentencias y Decisiones* 1999-I.
- STEDH, *Ilascu and Others v. Moldova and Russia*, 8 de julio de 2004, demanda núm. 48787/99, *Reports of Judgments and Decisions* 2004-VII.
- STEDH, *Cyprus v. Turkey*, 12 de mayo de 2014, demanda núm. 25781/94, *Reports of Judgments and Decisions* 2014.
- STPIY 2 agosto 2001, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Caso núm. IT-98-33.

STPIY 10 junio 2010, *Prosecutor v. Popović et al.*, Caso núm. IT-05-88-T.

STPIY 24 marzo 2016, *Prosecutor v. Radovan Karadžić*, Caso núm. IT-95-5/18-T.

STPIY 22 noviembre 2017, *Prosecutor v. Ratko Mladić*, Caso núm. IT-09-92-T.

TEDH, *Behrami y Behrami c. Francia y Saramati c. Francia, Alemania y Noruega*, Gran Sala, decisión de inadmisión de 2 de mayo de 2007, núms. 71412/01 y 78166/01, Recopilación de Sentencias y Decisiones 2007.

TEDH 11 junio 2013, *Stichting Mothers of Srebrenica and Others v. The Netherlands*, Decisión de inadmisibilidad, demanda núm. 65542/12.

Consideraciones sobre la cláusula del cliente más favorecido

Considerations regarding the most favorite customer clause

ANGÉLICA DÍAZ DE LA ROSA

Profesora Titular de Derecho mercantil de la UDC

Departamento de Ciencias de la Navegación e Ingeniería Marina

ORCID ID: 0000-0002-5438-395

Recibido: 12.01.2026 / Aceptado: 12.02.2026

DOI: 10.20318/cdt.2026.10266

Resumen: En el presente trabajo se aborda el estudio de una cláusula de modificación contractual conocida como “cláusula del cliente más favorecido”. Estamos ante una manifestación de la autonomía de la voluntad de las partes, tendente a garantizar que uno de los contratantes disfrute sucesivamente de una condición contractual más beneficiosa de la que venía disponiendo con anterioridad, a medida que los otros contratantes que se hallan vinculados al proveedor o promitente de dichas condiciones, vean mejoradas sus propias condiciones, de forma que la mejora de estas últimas conduce -de forma directa o indirecta- a la mejora de las condiciones del beneficiario como Parte de la cláusula en cuestión. Igualmente, se abordan las maneras de manifestarse la cláusula y se procede, por fin, a un breve análisis de sus efectos.

Palabras clave: cláusula de cliente más favorecido, modificación automática o renegociación contractual, cláusula del cliente más favorecido y Derecho de la competencia, restricciones verticales.

Abstract: This paper examines a contractual modification clause known as the “most-favored-customer clause”. This clause exemplifies the parties’ freedom of contract, aiming to ensure that one party subsequently enjoys more favorable contractual conditions than previously held. This occurs as other parties to the same contracting party, who are also bound by the supplier or promisor of these conditions, experience improvements in their own terms. The improvement of these latter conditions, directly or indirectly, leads to improvements in the conditions of the beneficiary party to the clause. The paper also explores the various ways in which the clause can be invoked and concludes with a brief analysis of its effects.

Keywords: Most-Favoured Customer Clause, automatic modification or contractual renegotiation, Most-Favoured Customer Clause and Competition Law, vertical restraints.

Sumario: I. Libertad contractual y “pacta sunt servanda”. II. Modificaciones sobrevenidas y adaptaciones del contrato realizadas “ex post”. III.- La cláusula de cliente más favorecido 1. Concepto. 2. Requisitos; validez. 3. Eficacia: virtualidad modificativa del contrato. 4.- Efectos del incumplimiento de la cláusula del cliente más favorecido. IV.- Conclusiones.

I. Libertad contractual y *pacta sunt servanda*

1. Como señalan numerosos autores, en el conjunto de los ámbitos jurídicos en los que nos movemos –ante todo, el Ordenamiento jurídico español, y la UE¹- prevalece el recurso al mercado como sistema que viene orientado, en última instancia, a la satisfacción de los intereses de los usuarios, que –al propio tiempo- se convierten en verdaderos árbitros del susodicho sistema porque son ellos mismos los que, con sus decisiones, sirven de guía a los productores y distribuidores de bienes y servicios. Por consiguiente, existe –o debe existir- un entorno socioeconómico de “libre interacción de las fuerzas de la oferta y la demanda...(que) determina el nivel de los precios que, a su vez, reorienta las decisiones de consumo y producción”².

2. Pues bien, una economía de mercado se basa –entre otros muchos principios- en los dos siguientes, que se hallan estrechamente relacionados, la libre y leal competencia y la autonomía de la voluntad, materializada –muy principalmente- en la libertad contractual³, uno de cuyos corolarios más importantes se expresa como el principio “*pacta sunt servanda*” y la correlativa inmutabilidad del contrato⁴.

3. La libertad contractual, también denominada autonomía privada de la voluntad, constituye un derecho subjetivo fundamental en el ámbito del Derecho patrimonial. Su contenido se proyecta sobre la facultad de decidir acerca de todos los elementos y aspectos del contrato, entendido tanto como negocio jurídico –en cuanto acto de autonomía privada–, como relación jurídica y como norma vinculante para las partes (*lex privata*)⁵. Esta libertad alcanza a los elementos esenciales del contrato (consentimiento,

¹ La prevalencia institucional –e incluso constitucional- del reconocimiento del Sistema de Economía de Mercado, como es probablemente más eficiente para la satisfacción de los intereses de los usuarios, es algo ya tópico como reconocen, entre otros, recientemente J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, “La constante preocupación del Derecho de la competencia por la práctica de las ayudas públicas, el sector de la industria naval y el transporte marítimo”, en “*La Ley Unión Europea*”, 2023, nº 116, *passim*. Igualmente, L. SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, *Introducción al Derecho mercantil. Introducción al Derecho de Obligaciones. Introducción al Derecho de la Empresa Mercantil*, Edit. Civitas, Madrid, 1998, p. 151. Por lo que hace a la trascendencia internacional-global del “sistema de Mercado”, como vía para que “*los consumidores, constituidos en árbitros, garantes e impulsores de la racionalidad que debe presidir el funcionamiento*” del sistema económico, vid. D. CARREAU, T. FLORY, Y P. JUILLARD, *Droit International Économique*, Edit. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 3ª e.d., París, 1990, pp. 81 y ss. D.F. VAGTS, *Transnational Business Problems*, Edit. The Foundation Press, Inc., Mineola (N.York), 1986, p. 3. I. ARROYO MARTÍNEZ, “Conferencias marítimas y Código de Conducta”, en *Estudios de Derecho marítimo*, T. III, Edit. Bosch, Barcelona, 2001, p. 344. A. BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Apuntes de Derecho mercantil*, Edit. Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000. E. BOET SERRA, “*La Libre Competencia en el Transporte marítimo (El tráfico de mercancías en línea regular)*”, Edit. Bosch, Barcelona, 2000, pág. 21. Implícitamente, P. JIMÉNEZ BLANCO, “*Las denominaciones de origen en el Derecho de Comercio Internacional*”, Edit. Eurolex, Madrid, 1996, *passim*.

² F. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Precios predatorios y derecho antitrust. Estudio comparado de los ordenamientos estadounidense, comunitario y español*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 19 y ss.

³ M. BASSOLS COMA, “Los principios económicos de la Constitución y la Ordenación del Seguro privado”, en VV.AA. *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado*, T. I, Edit. Colegio Universitario de Estudios Financieros-Consejo Superior Bancario, Madrid, 1987, pág. 96. R. ENTRENA CUESTA, “El Modelo económico de la Constitución española de 1978”, en VV.AA. *La Empresa en la Constitución española*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1989, pág. 24. M.T. GISPERT PASTOR, “La noción de Empresa en la Constitución española”, en VV.AA. *La Empresa en la Constitución española*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1989, pp. 37 y ss.

⁴ D. MATRAY, Y F. VIDTS, “Les clauses d’adaptation de contrats”, en VV.AA. *Les grandes clauses des contrats internationaux*. 55º Séminaire de la Commission Droit et Vie des Affaires en collaboration avec la Revue de Droit des Affaires Internationales et le Groupe de Travail Contrats Internationaux, Edit. Forum Européen de la Communication /Bruylant, París/Bruselas, 2005, p. 94: “*un contrat conclu par les parties est normalement immuable quelles que soient les circonstances. En vertu du principe de la convention loi, exprimé dans l’article 1134 du Code civil, une partie ne peut modifier les termes d’un contrat ou s’y soustraire, en dehors des cas prévus par la loi, même si la modification est peu importante*”

⁵ J. L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, *Derecho mercantil de obligaciones. Parte General*. Edit. Marcial Pons, Madrid, 2003, pág.327 y ss. C. MADRID MARTÍNEZ, “La Libertad contractual: su lugar en el Derecho venezolano de nuestro tiempo”, p.13 en <[Cuadernos de Derecho Transnacional \(Marzo 2026\), Vol. 18, N.º 1, pp. 154-181
ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt - DOI: 10.20318/cdt.2026.10266](https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:207R9IQO9AQJ:www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/LA%2520LIBERTAD%2520CONTRACTUAL.pdf+%22LA+LIBERTAD+CONTRACTUAL:+SU+LUGAR+EN+EL+DERECHO+VENEZOLANO+DE+NUESTRO+TIEMPO%22+%2B+%22Madrid+Marti%CC%81nez%22&hl=es&gl=es&pid=bl&srcid=ADGEESiYR3BoEN5CtNErVHkPZrjbAxjKnMTTrGf-0OdDpKJfxbHauZpWBolCCYjEsUozZ9q_QOyN-mZvfpbWv1WIQGBYRDsthuJ0fDNf4B1LhWsrG8F_Jq4lRwxCqp_mzPTPKQC-VlhO&sig=AHIEtbTUuRy5VMgwFfVJMHVxIn5YbHKggA>”, quien señala que, “...en el sistema venezolano, se reconoce a la voluntad de los sujetos, como el poder de reglamentar</p>
</div>
<div data-bbox=)

objeto y causa), así como a su proceso de formación (*iter formativo*), a la forma y a la configuración general del negocio. En consecuencia, la autonomía contractual no se limita únicamente a la decisión de contratar o no, sino que también comprende la posibilidad de determinar el contenido del contrato conforme a la voluntad de las partes. Por esta razón, los preceptos del Código de Comercio de 1885 y del Código Civil de 1889 tienen, por regla general, carácter dispositivo o supletorio, permitiendo a los particulares adaptar el contrato a sus intereses⁶. Sin embargo, esa autonomía privada inicial conduce al principio “*pacta sunt servanda*” y a la -consiguiente- tendencia a la inmutabilidad del contrato.

4. Cada vez que a los potenciales contratantes se les presenta, durante el proceso de negociación, alguna situación en la que caben diferentes opciones; cualquiera que sea el aspecto o el punto respecto del cual se les ofrezcan tales posibilidades alternativas, la posibilidad de optar entre unas u otras será una manifestación del principio de autonomía contractual. Por consiguiente, como señala el Prof. García-Pita, cuando se habla de la autonomía contractual privada, es preciso entender incluidas en esta noción las siguientes facultades o derechos subjetivos; a saber⁷:

1. La libertad de contratar, lo que -en opinión de algún autor- incluye la libertad de consumir... Y, por la misma razón habría que referirse -también- a la libertad de aprovisionarse o de recurrir a los servicios de otros, sin necesidad de limitar el fenómeno al ámbito de las relaciones b2c (“*business-to-consumer*”).
2. La libertad de elegir a la persona o personas que habrán de intervenir en el contrato -quiénes y cuántas-, en calidad de contrapartes, lo que en una perspectiva economicista o -incluso- de Derecho de la competencia equivale a la libertad de elegir en qué nivel del proceso de producción/distribución nos situamos y de elegir con los agentes económicos de qué nivel del proceso de producción/distribución nos relacionamos y contratamos.
3. La libertad de elección del tipo contractual, y -estrechamente relacionada con ella- la libertad de configurar los elementos objetivo-causales y el contenido del contrato, incluyendo -p.e.- la importantísima libertad de precios.
4. Libertad de forma⁸, entre otras.

5. En este sentido, los comerciantes o empresarios, exactamente igual que cualquier otro individuo privado, son libres de decidir si desean celebrar un contrato, con quién y con qué contenido, a qué ordenamiento jurídico desean someterlo, y a qué jurisdicción, y de qué manera desean expresar su voluntad contractual⁹. Dentro del contenido de los contratos, la libertad contractual implica la libertad de elección del tipo contractual que se quiere celebrar¹⁰, así como la posibilidad de configurar el contenido

el contenido y modalidades de las obligaciones que se imponen; y la Ley, en este ámbito, sólo jugará un rol supletorio. Entendido el contrato como una “convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico” (Artículo 1.133 CCV), serán las partes quienes, en uso de su libertad contractual, determinarán libremente sus relaciones convencionales y, tal expresión de la voluntad será obligatoria para ellas (Artículo 1.159 CCV).

Así, al ser la autonomía de la voluntad, el pilar fundamental de las relaciones contractuales, las partes pueden realizar cuantas convenciones se les ocurran, pues es bien sabido que los derechos de crédito, por su base consensual, no están establecidos en un numerus clausus. Su forma y contenido sólo encuentra límite, en principio, en la propia voluntad de las partes y así lo reconoce el legislador al permitir los contratos atípicos (Artículo 1.140 CCV). Igualmente, las partes pueden derogar las normas previstas en la Ley y modificar la estructura del contrato”

⁶ J. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, “Curso de Derecho mercantil”, T. II, 8ª ed., impr. Imprenta Aguirre, Madrid, 1983, p. 31.

⁷ J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, “Autonomía privada y libertad contractual en la contratación mercantil” en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado* Edit. Consejo General del Notariado, Madrid, 2012, pp. 354 y ss.

⁸ E. LANGLE RUBIO, *Manual de Derecho mercantil español*, T. III, Edit. Bosch, Barcelona, 1959, p. 56.

⁹ J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, “Autonomía privada y libertad contractual en la contratación mercantil”, cit., pp. 354 y ss., J. D. CALAMARI Y J.M. PERILLO, *The Law of Contracts* West Publishing Co., St. Paul, 1977, 2ª ed., p. 5.

¹⁰ J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, “Autonomía privada y libertad contractual en la contratación mercantil”, cit., pp. 354. A.A. LÓPEZ Y LÓPEZ, “Lección 17ª. El Contrato”, en VV.AA., *Derecho de Obligaciones y Contratos*, Edit. Tirant Lo Blanch, Barcelona p. 317., P. SALVADOR CODERCH A. AZAGRA MALO Y A. FERNÁNDEZ CRENDE, “Autonomía privada, Fraude de ley e interpretación de los negocios jurídicos” *INDret*, <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/121321/167769>, p. 2.

del contrato¹¹ en atención a los intereses y voluntades de cada parte contratante – ya sea en contratos bilaterales o plurilaterales-, de modo que “*corresponde a los contratantes, como consecuencia de un debate libre y abierto, definir qué es a lo que se obligan*”¹².

6. Las declaraciones de voluntad dirigidas a la celebración de un contrato, en cuanto manifestaciones encaminadas a la perfección del negocio jurídico, deben contener, al menos, sus elementos esenciales, esto es, el objeto y la causa¹³. No resulta necesario aludir de manera expresa al consentimiento, pues la propia declaración de voluntad constituye su manifestación externa, en la medida en que es el medio a través del cual se exteriorizan los restantes elementos esenciales del negocio¹⁴. En este sentido, el consentimiento se encuentra implícitamente presente siempre que concurren el objeto y la causa, en cuanto materia -estos últimos- de una voluntad; de un deseo que se exterioriza y se hace cognoscible y aceptado. Junto a estos elementos estructurales, el negocio jurídico puede incorporar otros elementos naturales o accidentales, que modulan su eficacia y contenido. Entre los más relevantes, tradicionalmente identificados por la doctrina, se encuentra, en primer término, la condición que consiste en un acontecimiento futuro e incierto cuya previsión se integra en el negocio jurídico y de cuya posible concurrencia depende la producción de determinados efectos jurídicos, tales como la eficacia del contrato, el nacimiento, la extinción o la exigibilidad de las obligaciones, u otras consecuencias jurídicas. En segundo lugar, se halla término o plazo, que se configura como un acontecimiento futuro y cierto que determina el momento inicial o final de los efectos del negocio jurídico o de las obligaciones derivadas del mismo. Finalmente, el modo que se puede definir como la carga o gravamen impuesto al beneficiario en los negocios jurídicos de carácter gratuito, que condiciona el disfrute de la liberalidad recibida¹⁵.

7. La posibilidad de incluir estos elementos en el contrato, como un reflejo de la propia libertad o autonomía contractual, se aprecia claramente en su calificación de elementos accidentales del contrato¹⁶.

8. En todo caso, la autonomía de la voluntad contractual faculta a las partes, conforme dispone el artículo 1255 del Código Civil, para “*establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por con-*

¹¹ J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, “Autonomía privada y libertad contractual en la contratación mercantil”, cit., pp. 356 y ss. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Tratado práctico y crítico de Derecho civil*, Vol Xº, “*El Negocio Jurídico*”, Edit. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, p. 12. A.A. LÓPEZ Y LÓPEZ, “Lección 17ª. El Contrato”, en F. BLASCO GASCÓ, F. CAPILLA RONCERO, A.A. LÓPEZ Y LÓPEZ, V.L. MONTÉS PENADÉS, J. ORDUÑA MORENO, E. ROCA I TRÍAS y Mª. R. VALPUESTA FERNÁNDEZ: *Derecho de Obligaciones y Contratos*, coord. por Mª. R. Valpuesta Fernández, edit. TIRANT LO BLANCH, Valencia, 1994, p. 317. G.I. ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Los grupos de contratos en el Crédito al Consumo*, Edit. La Ley, Madrid, 2009, p. 166. J.A. BALLESTEROS GARRIDO, “*Las Condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad*”, Edit. Bosch Barcelona, 1999, p. 17. KEMELMAJER DE CARLUCCI Y PICASSO: “Informe Argentina”, en <http://www.fundacionfueyo.udp.cl/archivos/catedra_der_cont_informe_argentina.pdf>, p. 2. quienes señalan que la doctrina argentina aprecia consagrada legalmente la libertad de fijación del contenido de los contratos, en el artículo 1197, C IVarg., que considera a lo estipulado por las partes en el contrato “*como la ley misma*”.

¹² E. LANGLE RUBIO, *Manual de Derecho mercantil español* cit., T. III, p. 57. F.J. ORDUÑA MORENO, “Contratos concluidos mediante condiciones generales de la contratación”, en VV.AA.: *Contratación y Consumo*, Dir. por F.J. ORDUÑA MORENO, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 254. MADRID MARTÍNEZ, C.: “La Libertad contractual: su lugar en el Derecho venezolano de nuestro tiempo”, p. 13, en <https://es.scribd.com/document/238916084/LA-LIBERTAD-CONTRACTUAL-SU-LUGAR-EN-EL-DERECHO-VENEZOLANO-DE-NUESTRO-TIEMPO>, quien señala que “[e]n el sistema venezolano, se reconoce a la voluntad de los sujetos, como el poder de reglamentar el contenido y modalidades de las obligaciones que se imponen; y la Ley, en este ámbito, sólo jugará un rol supletorio”.

¹³ P. SALVADOR CODERCH, A. AZAGRA MALO Y A. FERNÁNDEZ CRENDE, “Autonomía privada, Fraude de ley e interpretación de los negocios jurídicos” cit., p. 2. U. ÁLVAREZ SUÁREZ, “*El Negocio jurídico en Derecho Romano*” Editorial Revista de Derecho Privado, 1954, XI, p. 16.

¹⁴ J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, “Autonomía privada y libertad contractual en la contratación mercantil”, cit., pp. 364 y ss. y 485 y ss.

¹⁵ J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, *Contratos y Covid. El principio “Pacta Sunt Servanda” y la Regla “Rebus Sic Stantibus”* cit., pp. 54 y ss. P. SALVADOR CODERCH, A. AZAGRA MALO Y A. FERNÁNDEZ CRENDE, “Autonomía privada, Fraude de ley e interpretación de los negocios jurídicos” cit., p. 2. U. ÁLVAREZ SUÁREZ, “*El Negocio jurídico en Derecho Romano*” cit. p. 37.

¹⁶ J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, “Autonomía privada y libertad contractual en la contratación mercantil”, cit., pp. 385 y ss. SALVADOR CODERCH/AZAGRA MALO/FERNÁNDEZ CRENDE, “Autonomía privada, Fraude de ley e interpretación de los negocios jurídicos” cit. p.2.

veniente”. Pues bien, dentro de esos “*pactos, cláusulas y condiciones*” se pueden incluir figuras como la condición, el término y el modo. No obstante, el alcance efectivo del artículo 1255 del Código Civil resulta aún más extenso, pues las “*condiciones*” a las que se refiere el precepto no pueden identificarse estrictamente con las “*condiciones*” en el sentido jurídico anteriormente expuesto, sino que el legislador parece aludir a toda clase de estipulaciones, cláusulas o pactos contractuales, sin limitación a categorías dogmáticas específicas.

9. Pues bien, los negocios jurídicos que se celebran y los contratos mercantiles que se concluyen, en ejercicio de la citada libertad, son “*válidos y eficaces*” -ex. artículo 51 y 118 del Código de comercio-, y quedan sometidos al principio “*pacta sunt servanda*”: el contrato debe ser respetado; el contrato debe ser cumplido, resulta “*plenamente efectivo y vinculante para las partes simplemente porque ha sido querido, porque es fruto de un acuerdo entre individuos, en que cada uno de ellos ha decidido libremente asumir una obligación*”¹⁷. La libertad contractual quedaría vacía de contenido si no estuviese respaldada por la garantía que el ordenamiento jurídico ofrece al imponer la eficacia vinculante de los contratos (“*pacta sunt servanda*”)¹⁸.

II. Modificaciones sobrevenidas y adaptaciones del contrato realizadas “*ex post*”

10. Sin embargo, como ha señalado recientemente el Prof. García-Pita y Lastres, el principio “*pacta sunt servanda*” posee una cara opuesta representada por el principio “*rebus sic stantibus*”¹⁹; principio -y no mera cláusula- que proyecta su influencia sobre todas las normas del Derecho de contratos, permitiendo que cada una de sus disposiciones se adapte a la realidad de las alteraciones sobrevenidas en las circunstancias que rodearon la celebración -y que rodean el desarrollo- de los negocios y de las relaciones contractuales, incluyendo la posibilidad de desvincularse de ellas o de modificarlas, para adaptarse a los desequilibrios contractuales producidos por esas alteraciones sobrevenidas, imprevisibles o inevitables, aunque este mismo efecto -o uno similar-, puede lograrse mediante cláusulas contractuales²⁰, entre las cuales destacan las cláusulas de “*hardship*”²¹. Pero las cláusulas de “*hardship*” no son las únicas cláusulas de modificación de contratos que existen en el comercio internacional: hay otras estipulaciones cada vez más extendidas, que persiguen fines parecidos. Se trata de cláusulas, por medio de las cuales las partes manifiestan su voluntad de acomodar o ajustar el contrato a nuevas circunstancias, pudiendo adquirir diversas formas; a saber: las llamadas cláusulas de “*Oferta concurrente*”, del “*Cliente más favorecido*” y “*de Primer refuse*”²². Las dos primeras -cláusulas de “*Oferta concurrente*” y “*de Cliente más favorecido*”- conducen -por lo general- a la readaptación del contrato, cuando no a su resolución, en caso de que las condiciones del mercado se vean modificadas, sea porque uno de los contratantes recibe de un tercero una oferta más favorable, o bien -alternativamente- porque él mismo ofrece a un tercero, condiciones contractuales más favorables que a su contraparte o cliente inicial²³ o incluso porque el cliente que desea obtener ese trato preferencial, valiéndose de su poder de

¹⁷ J.A. BALLESTEROS GARRIDO, *Las Condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad* cit., ps. 17 y ss.

¹⁸ J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, *Contratos y Covid. El principio “Pacta Sunt Servanda” y la Regla “Rebus Sic Stantibus”*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.págs. 52 y ss. J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, “Autonomía privada y libertad contractual en la contratación mercantil, cit., pp. 385 y ss.

¹⁹ J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, *Contratos y Covid. El principio “Pacta Sunt Servanda” y la Regla “Rebus Sic Stantibus”*, *passim*

²⁰ D. MATRAY Y F. VIDTS, “Les clauses d’adaptation de contrats cit., p. 95.

²¹ *Vid in extenso* A. ZEGARA MULANOVICH, *Las Clausulas de hardship en la contratación mercantil*. Tesis dirigida por el Prof. José Luis García-Pita y Lastres, en la Universidad de A Coruña, 2007. J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, *Derecho mercantil de obligaciones*. Parte General. Pág541 y ss.

²² J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, *Derecho mercantil de obligaciones*. cit., pp. 528 y ss., J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, *Contratos y Covid. El principio “Pacta Sunt Servanda” y la Regla “Rebus Sic Stantibus”*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.págs. 511 y ss.

²³ M. FONTAINE, Y F. DE LY, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, Edit. Feduci/ Fec, Paris, 1989, p. 287.

negociación, impone dicha cláusula a su contraparte, de la que espera obtener esa ventaja. Es decir, que ambos tipos de cláusula comparten el común denominador de permitir una adaptación sucesiva de un contrato antecedente, a las condiciones más favorables ofrecidas a o por un tercero, según el caso²⁴. Así; es posible distinguir dos tipos fundamentales de cláusulas: por una parte, las cláusulas de adaptación particulares, tales como las cláusulas de perfeccionamiento, las cláusulas de revisión de precios, y las cláusulas de adaptación generales²⁵, entre las que se incluyen las cláusulas de “hardship”, aunque hay quienes consideran que existen tres tipos de cláusulas; a saber:

1. Las cláusulas de adaptación automática: cláusula de indexación, cláusula de revisión de precios, cláusula de adaptación, de conversión monetaria, etc.
2. Las cláusulas de adaptación no-automática: cláusula de cliente más favorecido, cláusula de primer rehúse.
3. Las cláusulas denominadas tradicionalmente cláusulas de “hardship”, formando un tercer grupo o categoría, distintos de las dos anteriores²⁶.

11. La diferencia esencial entre ambas es que mientras las primeras -habitualmente- prevén una adaptación automática del contrato; es decir: una adaptación que se produce sin necesidad de una intervención de las partes; es decir: sin precisar ninguna conducta o manifestación volitiva por su parte, las segundas tienden a provocar una negociación y una readaptación del contrato, aunque unas y otras son perfectamente compatibles y es perfectamente posible la inclusión de ambas en un mismo contrato. Pues bien; la cláusula de cliente más favorecido parece pertenecer a la primera de ambas categorías

III. La cláusula de cliente más favorecido

1. Concepto

12. Históricamente, el uso de la expresión tiene su origen en el derecho internacional y, en particular, en los acuerdos comerciales entre Estados, en los que se designa la cláusula que garantiza a una nación determinada ciertas condiciones equivalentes y no menos ventajosas que las otorgadas a la “Nación más favorecida”. El término se extendió posteriormente a otros contextos (alternativamente, en la variante de la cláusula del cliente más favorecido o de la “nación más favorecida”) y, hasta la fecha, sin duda tiene una fuerte transversalidad, siendo aplicable a cualquier acuerdo que garantice a una parte contratante específica un trato tan favorable como el otorgado a otra parte en una posición similar o, de forma más general, las mejores condiciones comerciales existentes²⁷.

13. La cláusula de cliente más favorecido (“*clause du client le plus favorisé*”, “*clausola del cliente più favorito*” (MFC clause” o “*most favoured customer clause*”) o “Cláusula de paridad” (“*clausola di parità* (parity clause) o cláusula “*pari passu*”²⁸) o Cláusula “*meet-or-release*”²⁹, es una cláusula contractual ampliamente empleada en los contratos de comercio internacional; fundamentalmente en los contratos de suministro a largo plazo, aunque también las podemos observar con frecuencia en los contratos de transferencia de tecnología³⁰ y en los de concesión. Una cláusula de

²⁴ M. FONTAINE, Y F. DE LY, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses* cit., p. 287.

²⁵ D. MATRAY, Y F. VIDTS, “Les clauses d’adaptation de contrats” cit., p. 103. A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ “Los contratos internacionales de construcción ‘llave en mano’”, en “Cuadernos de Derecho Transnacional” (Marzo 2014), Vol. 6, N° 1, p. 213.

²⁶ D. MATRAY, Y F. VIDTS, “Les clauses d’adaptation de contrats” cit., p. 103.

²⁷ V. D’ALESSANDRO, “Clausola del Cliente più favorito”, en M. CONFORTINI, *Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche*. Vol. II, Edit. Utet Giuridica, Turín, 2019 ps. 703 y s.

²⁸ E. PERRIN, “Qu’est-ce qu’une clause pari passu?”, en <<https://agicap.com/fr/article/clause-pari-passu-financement-definition/>>

²⁹ C. D’ASPREMONT C. Y R. DOS SANTOS FERREIRA, “Meet-or-Release and Most-Favored-Customer Clauses with Price-Quantity Competition Yield Cournot Outcomes”, en *Économie publique/Public Economics*, 2005, vol. 17, fasc. 2, pp. 221 a 230.

³⁰ J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, *Derecho mercantil de obligaciones*. Parte General. pp.549 y ss. M. FONTAINE, Y F. DE LY,

cliente más favorecido (CMF) es una estipulación contractual en la que el proveedor o promitente se compromete a ofrecer al cliente, adquirente o usuario las mejores condiciones posibles, garantizando que no pague más que cualquier otro cliente³¹, o -en términos más amplios- mediante la cláusula del cliente más favorecido, una parte se compromete a garantizar al beneficiario del acuerdo que obtendrá las condiciones más ventajosas otorgadas a terceros, sea en el pasado o en el futuro, en un contrato similar³². Además, se le otorga al beneficiario el derecho a exigir que su contrato se ajuste a las condiciones más ventajosas de otros.

14. Esta cláusula se incluye a menudo en contratos entre empresarios que operan en diferentes niveles de la cadena de producción y distribución, para garantizar que una parte reciba el trato más ventajoso otorgado a otra parte en una posición similar en la cadena de suministro. Los términos exactos de una cláusula CMF pueden variar; en algunos casos incluyen requisitos de divulgación de precios o certificación de que el comprador recibe el mejor precio, mientras que en otros la comparación se hará con referencia a los términos del contrato en su conjunto.

15. Por otra parte, también existe la llamada cláusula de cliente más favorecido plus -“*CMF plus*”-. Una cláusula “*CMF plus*” es un tipo más específico de CMF por lo que cabe preguntarse qué significa la expresión “*plus*” inserta en dicha denominación. Pues bien; ese “*plus*” añadido indica que el comprador debe recibir condiciones mejores que las ofrecidas a otros clientes, comenzando por la posibilidad de proyectar unos precios más elevados sobre los otros clientes, ya que el vendedor debe cobrarles más que al comprador/beneficiario de cláusula de “*CMF plus*”.

16. Una consecuencia de la cláusula “*CMF plus*” podría afectar a los precios de los inputs de la producción, de manera que el beneficiario de la cláusula pudiera percibir precios más elevados que los demás proveedores, por los inputs o insumos que proporciona al prominente. Así pues, la cláusula puede conducir a la obligación de pagar precios más elevados que para el resto del mercado, por las materias primas, bienes o servicios que el beneficiario-proveedor ha de proporcionar a su cliente, ya que el empresario comprometido tendría que cobrar precios más altos a otros clientes para cumplir con el requisito del “*plus*”. Es decir, que la mejora del beneficiario “*CMF plus*” se obtienen a costa de hacer más onerosas las condiciones de los otros contratantes que se hallan vinculados al promitente.

17. A pesar de su engarce o fundamento en la autonomía privada y la libertad contractual, tanto las cláusulas de cliente más favorecido como las “*CMF plus*” pueden estar sujetas a escrutinio antimonopolio porque pueden utilizarse para reducir la competencia de precios entre vendedores o facilitar la colusión.

Droit des contrats internationaux...cit., p. 296. A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, quinta ponencia “*La transmisión de tecnología y su problemática jurídica actual*”, en VV.AA. *Seminario sobre adquisición de tecnología extranjera*, Edit. Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de Bilbao, Bilbao, 1975, págs. 69 y ss. C. FERNÁNDEZ NOVOA, “*La inclusión de los Derechos de propiedad industrial dentro de la transferencia de tecnología*”, en VV.AA. *Seminario sobre adquisición de tecnología extranjera*, Edit. Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de Bilbao, Bilbao, 1975, págs. 137 y ss. J.J. GÓMEZ FONTECHA, J.J., “*Las licencias de patente bajo las recientes disposiciones reguladoras de la transferencia de tecnología*”, en VV.AA. *Seminario sobre adquisición de tecnología extranjera*, Edit. Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de Bilbao, Bilbao, 1975, págs. 121 y ss.

³¹ V. D’ALESSANDRO, “*Clausola del Cliente piú favorito*”...cit., p. 702. D. MATRAY, Y F. VIDTS, “*Les clauses d’adaptation de contrats*”, cit., p. 145, sostienen que “*Par la clause du client le plus favorisé, une partie à un contrat s’engage à faire bénéficier son partenaire des conditions plus favorables qu’elle viendrait à consentir à un tiers dans un contrat analogue*”. C. TERZI Y J. FLORES CALLEJAS, “*Examen des accords à long terme relatifs aux achats dans le système des Nations Unies*”, Corps commun d’inspection Nations Unies, JIU/REP/2013/1, Ginebra, 2013, p. 28. C. PEPINO, “*La Performance en Droit des Affaires*”, these pour le doctorat en Droit prive présentée et soutenue publiquement le jeudi 6 décembre 2018, bajo la dirección de Mme Marie-Ève Pancrazi, Université Aix-Marseille. Ecole Doctorale Sciences Juridiques et Politiques. Faculté de Droit et de Science Politique D’aix-Marseille, Marsella, 2018, p. 112.

³² P. AMATO, “*I contratti tra imprenditori all’interno della filiera produttivo-distributiva: la tutela delle parti tra clausole da inserire e gli Incoterms-2020*”, Dipartimento Di Giurisprudenza, Cattedra Di Diritto Privato 2, año académico 2019/2020, p. 94.

18. Las cláusulas de cliente más favorecido se caracterizan por su amplia variedad de formas; por la diversidad de su contenido y del contexto en el que puede existir el acuerdo³³, lo que hace difícil la construcción de una categoría general y unificada de esta cláusula³⁴. Y es que -para empezar- y centrándonos exclusivamente en su ámbito³⁵, se trata de un tipo de cláusulas utilizado en diversos contextos mercantiles y financieros, en cuyo marco busca promover el equilibrio contractual, merced a la igualdad de trato. Así; podemos encontrar cláusulas “*pari passu*”, en el Derecho Bancario, donde las hallaremos -casi siempre- incluidas en los contratos de financiación. p.e., cuando -en el contexto de la financiación de capital circulante- una empresa recurre a la obtención de un préstamo bancario, comprometiéndose el referido prestatario a asegurar que los mismos niveles de protección, beneficios y garantías financieras alcanzarán a prestamistas actuales y futuros. Esta cláusula también garantiza que múltiples prestamistas se beneficien de condiciones de reembolso perfectamente iguales³⁶.

19. Las cláusulas “*pari passu*” y la “*negative pledge*” venían siendo frecuentes en los préstamos internacionales por cuanto suele tratarse de préstamos constituidos sin garantía real³⁷, así como en préstamos industriales, inclusive en el préstamo hipotecario naval. En efecto, sobre todo cuando se trata de préstamos o de aperturas de créditos exteriores, sin garantía real, los posibles prestamistas están enormemente interesados en que, en el futuro, no aparezcan nuevos acreedores privilegiados de su deudor (el prestatario); acreedores a los que éste pueda haber concedido una preferencia o unas garantías superiores a las que los propios prestamistas o acreditantes han obtenido³⁸. Pues bien; para lograr este objetivo, tradicionalmente se ha venido empleando la cláusula “*pari passu*”, por virtud de la cual el prestatario o acreditado declara que, en el momento de la celebración del contrato, los créditos que de él se derivan son de igual rango al que ostentan todas sus demás deudas no aseguradas con garantía real, y -a la vez- se compromete a que dichos créditos (los de restitución y pago de intereses, derivados del contrato de préstamo o de crédito) continuarán siendo de igual rango, con respecto a las deudas que en el futuro pueda contraer³⁹.

20. ¿Son lícitas tales cláusulas? La cuestión no es pacífica: al parecer, se halla bastante extendida la opinión de que la cláusula “*Pari passu*” no es lícita, en Derecho español, y que -por este motivo- hubo que desarrollar la cláusula “*Negative pledge*”, como alternativa válida, por ser compatible con los principios inspiradores de nuestro Derecho patrimonial privado, y con el régimen de la garantía patrimonial universal y el sistema de privilegios concursales. En efecto; esta cláusula “*Pari passu*”, formulada en términos semejantes a los que he expuesto más arriba, podría no ser válida, en nuestro Ordenamiento, puesto que el Derecho concursal español, mantiene el reconocimiento de un sistema de privilegios, recogidos en los arts. 1921 y ss. del Código civil. y 280 del Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLR) que enumera los “*créditos con privilegio general*”⁴⁰. Pues bien, si la referida cláusula “*pari passu*” establece un compromiso del prestatario o acreditado de que los créditos por restitución y pago de intereses, derivados del contrato de préstamo o crédito, continuarán siendo, con respecto a las deudas que en el futuro pueda contraer, de igual rango al que ostentan todas sus demás deudas no aseguradas con garantía real, es preciso reconocer que -a la vista de lo prevenido en el citado artículo 280

³³ V. D’ALESSANDRO, “Clausola del Cliente piú favorito”, cit., p. 706.

³⁴ V. D’ALESSANDRO, “Clausola del Cliente piú favorito”, cit. p. 706.

³⁵ E. PERRIN, “Qu’est-ce qu’une clause *pari passu*?”, en <<https://agicap.com/fr/article/clause-pari-passu-financement-definition/>>.

³⁶ E. PERRIN, “Qu’est-ce qu’une clause *pari passu*?”, en <<https://agicap.com/fr/article/clause-pari-passu-financement-definition/>>.

³⁷ A. OJEDA MARÍN, A. *Créditos y préstamos exteriores al sector público español*, cit. Edit. Unión Editorial, 1985, p. 205, califica a estas cláusulas como “*restricciones presentes y futuras*”.

³⁸ A. OJEDA MARÍN, A. *Créditos y préstamos exteriores al sector público español*, cit., p. 205

³⁹ M.T. DE GISPERT PASTOR, *Los créditos sindicados. Su integración en el sistema jurídico español*, Edit. Bosch, Barcelona, 1986, pp. 197 y ss. O. SANDROCK, “Prejudgment Attachments: Securing International Loans or Other Claims for Money”, en *The International Lawyer*, 1987, vol. 21, fasc. 1, p. 2.

⁴⁰ Antes del TRLR, eran los arts. 90 y 91 de la Ley Concursal, y antes se trataba de los 912 y ss. Código de comercio. - A. OJEDA MARÍN, A. *Créditos y préstamos exteriores al sector público español*, cit., p. 206.

del TRLC- resultaría difícil que así sucediera -legítimamente-, pues los créditos con privilegio general -que afectan al patrimonio en general, situándose a continuación de los créditos con privilegio especial y antes de los créditos ordinarios- son los que el propio TRLC dice, y no otros; a saber: son créditos con privilegio general:

1.º Los créditos anteriores a la declaración de concurso por salarios que no tengan la consideración de créditos contra la masa ni reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago; por indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional; y por los capitales coste de seguridad social de los que sea legalmente responsable el concursado y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengadas con anterioridad a la declaración de concurso.

2.º Las cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de seguridad social debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal.

3.º Los créditos de personas naturales derivados del trabajo personal no dependiente y los que correspondan al propio autor por la cesión de los derechos de explotación de la obra objeto de propiedad intelectual, devengados durante los seis meses anteriores a la declaración de concurso.

4.º Los créditos tributarios, los créditos de la seguridad social y demás de derecho público que no tengan privilegio especial ni el privilegio general del número 2.º de este artículo. Respecto de los créditos públicos señalados, el privilegio general a que se refiere este número solo alcanzará al cincuenta por ciento del importe de los respectivos créditos, deducidos de la base para el cálculo del porcentaje los créditos con privilegio especial, los créditos con privilegio general conforme al número 2.º de este mismo artículo y los créditos subordinados.

5.º Los créditos por responsabilidad civil extracontractual por daños causados antes de la declaración de concurso distintos de aquellos a que se refiere el número 1.º del apartado 1 del artículo 242, las liquidaciones vinculadas a delito contra la Hacienda Pública reguladas en el Título VI de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y los créditos por responsabilidad civil derivada del delito contra la Hacienda Pública y contra la Tesorería General de la Seguridad Social, cualquiera que sea la fecha de la resolución judicial que los declare. Si los daños estuvieran asegurados, el crédito del asegurador por subrogación, regreso o reembolso tendrá la consideración de crédito concursal ordinario.

6.º El cincuenta por ciento del importe de los créditos derivados de la financiación interina o de la nueva financiación concedidos en el marco de un plan de reestructuración homologado cuando los créditos afectados por ese plan representen al menos el cincuenta y uno por ciento del pasivo total. En el caso de que la financiación hubiera sido concedida o comprometida por personas especialmente relacionadas con el deudor, será necesario que los créditos afectados por el plan representen más del sesenta por ciento del pasivo total, con deducción de los créditos de aquellas personas para calcular esa mayoría.

7.º Los créditos de que fuera titular el acreedor a instancia del cual se hubiere declarado el concurso, excluidos los que tuvieren el carácter de subordinados, hasta el cincuenta por ciento de su importe⁴¹.

21. Lo que se pretende con la cláusula “*Pari passu*” sería una elusión paccionada de ese régimen legal de preferencia y prelación de créditos, en la medida en que perjudicase al prestamista. Que la finalidad sea ésta no significa que cualquier forma de alcanzarla sea lícita, de modo que tal vez la formulación tradicional de la cláusula “*Pari passu*”, en el Derecho anglosajón, no valga en Derecho español, porque hay créditos, como los laborales o los tributarios, que gozan de preferencia, cualquiera que sea la voluntad de los interesados; razón por la cual, semejante cláusula tendría que redactarse de otro modo: básicamente, limitando su virtualidad a algunos tipos de créditos privilegiados, p.e. los créditos exteriores: pactando que ningún crédito exterior podrá superar en rango al del prestamista.

22. Por su parte, la Profa. de Gispert Pastor mantuvo en su momento que ambas cláusulas –“*pari passu*” y “*negative pledge*”- serían lícitas, en la medida en que tiendan a mantener la solvencia de las empresas, e impliquen una efectiva garantía para el prestamista⁴². Sea como fuere, una cosa es que estas

⁴¹ F. SÁNCHEZ CALERO Y J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE., *Instituciones de Derecho mercantil*, T. II, 36ª ed., Edit. Aranzadi, Madrid, 2014, pp. 631 y ss.

⁴² A. DE HOYOS GONZÁLEZ, cit., p. 442, quien señala que “la cláusula es totalmente lógica y justa. Es natural que los prestamistas no quieran quedar en peor condición que otros acreedores”.

cláusulas puedan ser tenidas por lícitas y otra muy diferente que –dada su procedencia y raigambre anglosajonas– no requieran de una adaptación y adecuación a las categorías de nuestro derecho positivo⁴³.

23. Mas, por otra parte, sean más o menos lícitas, ¿son eficaces en la práctica estas cláusulas? En este sentido, ha señalado algún autor que la cláusula “*Pari passu*” no tiene mucho sentido, en el Ordenamiento español, porque es frecuente que los prestamistas ya posean créditos suficientemente privilegiados, piénsese, p.e., en los préstamos internacionales al sector público, que –por cuanto constituyen deuda pública– generan créditos protegidos por el artículo 135.2 de la Constitución Española⁴⁴.

24. Algún autor sostiene que ambas cláusulas –“*pari passu*” y “*negative pledge*”– son, en realidad, dos facetas de una misma realidad. Así, la cláusula “*negative pledge*” sería, pues, la formulación negativa de la cláusula “*pari passu*”⁴⁵. En este sentido, lo que hace la cláusula “*negative pledge*”, cuyo objeto es mantener en pie de igualdad a todos los acreedores, es establecer la prohibición convencional al acreditado de conceder, voluntaria y unilateralmente, a favor de ciertos acreedores, y con exclusión de otros, garantías reales –“*special security interests*”–⁴⁶. El incumplimiento de estas obligaciones negativas puede dar lugar al vencimiento anticipado del préstamo⁴⁷.

25. En el ámbito del Derecho de sociedades, las cláusulas “*pari passu*” se emplean con ocasión de la celebración de pactos parasociales; de acuerdos entre socios o accionistas, para que todos ellos se beneficien por igual de protección en caso de ampliaciones de capital, previendo que futuras ampliaciones se realizarán en las mismas condiciones⁴⁸.

26. Ahora bien; es preciso no caer en el error de identificar las cláusulas “*pari passu*” con las cláusulas de cliente más favorecido (CMF) o incluso cláusulas de cliente más favorecido plus (CMF plus), porque sería como confundir género y especie: las cláusulas “*pari passu*” constituyen una categoría o género de cláusulas o estipulaciones que comparten un común denominador, pero luego hay otros aspectos en cada una de ellas que las diferencia y que permiten –en concreto, y por lo que aquí interesa– distinguir las cláusulas de cliente más favorecido o incluso cláusulas de cliente más favorecido plus, respecto de las demás cláusulas “*pari passu*”, como una modalidad o subespecie de todas ellas.

27. Como se puede observar, en estos casos, ciertas cláusulas “*pari passu*” no tienen por objeto llevar a cabo una modificación contractual; no tienen por objeto llevar a cabo una actualización del contrato original del que ostenta la condición de cliente más favorecido, sino que más bien establecen el límite –máximo– de referencia, o el paradigma contractual de contenido, cuyas condiciones no pueden ser mejoradas en contratos posteriores celebrados con terceros.

28. Además; el comportamiento que las cláusulas “*pari passu*” bancarias tratan de regular o disciplinar es el comportamiento de cliente del banco, siendo el banco un proveedor –de financiación– del cliente, y este último un beneficiario de esa financiación, al que se le va a exigir un comportamiento debido determinado, mientras que el comportamiento que las cláusulas de cliente más favorecido tratan de regular o disciplinar es el comportamiento del proveedor; del empresario que proporciona a su cliente, sus bienes o sus servicios. Mayor parecido con las cláusulas cliente más favorecido presentan las

⁴³ A. DE HOYOS GONZÁLEZ, cit., p. 442

⁴⁴ A. OJEDA MARÍN, A. *Créditos y préstamos exteriores al sector público español*, cit., p. 206.

⁴⁵ A. DE HOYOS GONZÁLEZ, cit., p. 442.

⁴⁶ O. SANDROCK, “Prejudgment Attachments: Securing International Loans or Other Claims for Money” p.2. M.T. DE GISPERT PASTOR, *Los créditos sindicados. Su integración en el sistema jurídico español*, p. 207, quien señala que, para poder constituir unos derechos semejantes, es preciso contar con el consentimiento de la mayoría de los componentes del sindicato bancario. M. YSÁS SOLANES, cit., p. 131 alude a cláusula que prohíben que el deudor grave todo o parte de su patrimonio. A. OJEDA MARÍN, A. *Créditos y préstamos exteriores al sector público español*, cit., p. 205.

⁴⁷ A. DE HOYOS GONZÁLEZ, cit., p. 442. M. YSÁS SOLANES, cit., ps. 130 y ss.

⁴⁸ E. PERRIN, “Qu’est-ce qu’une clause pari passu?”, en <<https://agicap.com/fr/article/clause-pari-passu-financement-definition/>>.

cláusulas “*pari passu*” societarias, porque bien se podría decir que, en estas últimas, el comportamiento que las cláusulas tratan de regular o disciplinar es el comportamiento de la sociedad, considerada como -o asimilada a- una suerte de proveedor de posiciones de socio, de modo que -aunque jurídicamente no sea posible hablar de proveedor (la sociedad) y de cliente (el socio)- podríamos apreciar una similitud en términos meramente socioeconómicos.

29. Son esas dos circunstancias las que diferencian o distinguen profundamente -esencialmente- a las cláusulas “*pari passu*” bancarias, respecto del tercer tipo de cláusulas “*pari passu*”; aquel que se corresponde con la figura de la cláusula de cliente más favorecido.

30. Pero es en el ámbito del Derecho de la competencia, donde presta mayor atención a las cláusulas “*pari passu*”, manifestadas en la típica modalidad de las cláusulas denominadas “de cliente más favorecido”, de conformidad con las cuales, los empresarios contratantes se benefician automáticamente de las mismas condiciones que se ofrecen al -sucesivo o futuro- cliente más favorecido, provocando -ahora, sí- una modificación en el contrato del cliente o del contratante a cuyo favor se estipuló la cláusula. Por lo tanto, cualquier favoritismo de un operador económico -en el marco de su actividad contractual con terceros- hacia empresas con las que contrata y que resultan ser competidoras entre sí quedaría limitado, lo que conduciría, por lo menos, a una práctica empresarial que resulta sospechosa, por cuanto se intuye que este mecanismo pueda dar lugar a una práctica prohibida o regulada⁴⁹. Y es que, si la cláusula CMF podría afectar a los precios de los inputs de la producción, de manera que el beneficiario de la cláusula lograra mejorar sus condiciones, situándolas en el mismo nivel que otro cliente, sin tener que mejorar, Él mismo, sus prestaciones, o de manera que el beneficiario de la cláusula lograra impedir que el Promitente ofreciera precios más elevados a los demás proveedores, por los inputs o insumos que le proporcionan y si, en el caso de la cláusula “CMF plus”, la mejora del beneficiario se obtiene a costa de hacer más onerosas las condiciones de los otros contratantes que se hallan vinculados al promitente, en seguida se percibe que tales cláusulas pueden conducir a la obligación de pagar precios más elevados que para el resto del mercado, por las materias primas, bienes o servicios que el beneficiario-proveedor ha de proporcionar a su cliente, obligando al empresario comprometido a cobrar a otros clientes, precios más altos, para cumplir con el requisito del “plus”.

31. Si nos desplazamos del plano del ámbito, al plano del objeto, resulta que las condiciones más favorables que el proveedor se compromete a ofrecer pueden limitarse al precio, pero también pueden extenderse a múltiples disposiciones contractuales adicionales, dependiendo también del contrato celebrado en cada momento⁵⁰. Ni siquiera en el estricto ámbito de las cláusulas de cliente más favorecido limitadas a los llamados compromisos de precio, es homogéneo, pudiendo presentar diversas variantes comenzando, por ejemplo, por establecer que el efecto del acuerdo se produzca en virtud de la mera existencia de un precio más favorable ofrecido a otras partes contratantes en la misma situación que el beneficiario, o exigiendo la existencia de una diferencia determinada —no inferior a una cierta cantidad— entre el precio ofrecido a la tercera parte contratante y el efectivamente pagado por el beneficiario del acuerdo⁵¹. Además, y especialmente en el sector de la distribución tradicional o fuera de línea, a menudo se define un límite geográfico para la aplicabilidad del acuerdo, de modo que sólo se tengan en cuenta las condiciones diferentes concedidas a las partes que operan en determinados países o zonas.

⁴⁹ E. PERRIN, “Qu’est-ce qu’une clause *pari passu*?”, en <<https://agicap.com/fr/article/clause-pari-passu-financement-definition/>>.

⁵⁰ Consideremos, por ejemplo -dice V. D’ALESSANDRO, “Clausola del Cliente piú favorito”, cit., p. 706- el caso de una cláusula de cliente más favorecido en la relación entre los socios hoteleros y la plataforma en línea que gestiona las reservas de hotel: en este caso, las condiciones más ventajosas pueden consistir, por ejemplo, en la garantía del mejor precio, en una política de cancelación más favorable para la reserva realizada o, incluso, en una mayor flexibilidad en la posibilidad de mejorar la elección del tipo de habitación, etc.

⁵¹ V. D’ALESSANDRO, “Clausola del Cliente piú favorito”, cit., , pp. 706 y ss.

32. Las cláusulas de cliente más favorecido tienen como elementos subjetivo-personales a dos personajes; a saber: las partes obligadas por el acuerdo, que se denominan *predisponente* y *beneficiario de la cláusula* y, sin embargo, se trata de una figura que se puede situar en el ámbito de los llamados “*Contratos con Referencias a Competidores (CRC)*”⁵² y funcionan del siguiente modo:

1. En primer lugar: la cláusula tiene un -digamos- contenido declarativo, aunque también vinculante originario, consistente en la previsión de un precio mínimo garantizado: el vendedor se compromete a ofrecer al comprador las condiciones más favorables, como el precio más bajo, que ofrezca a cualquiera de sus otros clientes.
2. En segundo lugar: la cláusula tiene un -digamos- contenido compromisorio sucesivo consistente en ulteriores reducciones de precio: si el vendedor ofrece un precio más bajo a otro cliente, también debe ofrecer ese precio más bajo al cliente de CMF. Pero si bien las condiciones más ventajosas que el contratista se compromete a ofrecer al beneficiario suelen limitarse a los llamados compromisos de precio, en algunos casos también pueden extenderse a otros acuerdos o, de forma más general, al conjunto de las cláusulas contractuales más ventajosas⁵³.
3. Esta cláusula se utiliza para mantener la equidad entre los clientes del vendedor y evitar la discriminación de precios (Equidad competitiva). En este sentido, de inmediato se hace evidente el componente iusconcurrencial o “*antitrust*” de estas cláusulas, pues si bien pareciera que tienen un efecto beneficioso para la competencia, veremos que -al mismo tiempo- puede presentar un aspecto restrictivo o monopolístico o predatorio.

33. Ahora bien, en el caso de los contratos con referencias a competidores (CRC) la comparación contractual se efectúa entre los contratos concertados por el predisponente y los contratantes que, a su vez, son competidores entre sí. La posible interferencia entre esa concurrencia es la que puede acarrear problemas en el marco de la libre competencia y hace que se observen con recelo alguno de estos contratos.

2. Requisitos; validez

34. Si, como se manifestó oportunamente, las cláusulas del cliente más favorecido sirven para que las partes manifiesten su voluntad de acomodar o ajustar el contrato a posibles nuevas circunstancias, entonces es obvio que se tratará de cláusulas contractuales y -por consiguiente- tienen fundamento en la misma autonomía privada y la misma libertad contractual. Pues bien, en la medida en que la cláusula del cliente más favorecido es una manifestación más de la autonomía contractual, es evidente que deberá satisfacer las exigencias que impone el Ordenamiento jurídico, para que su previsión constituya un acto de ejercicio eficaz de esa libertad. Así pues; la cláusula del cliente más favorecido precisa de los requisitos de legítimo ejercicio de la autonomía contractual; a saber:

1. Consentimiento⁵⁴, que habrá de ser libre y consciente.
2. Objeto, que habrá de ser posible, lícito y -sobre todo- determinado o determinable⁵⁵

⁵² F. MARCOS FERNÁNDEZ, F. “Contratos con referencias a competidores (CRC): Referencias contractuales a terceros y restricciones a la competencia” *ICE, Revista De Economía*, n.º 915 (agosto), 2020 <https://doi.org/10.32796/ice.2020.915.7081>.

⁵³ V. D’ALESSANDRO, “Cláusula del Cliente más favorito”, cit., p. 704.

⁵⁴ J.L. GARCÍA-PICOTA Y LASTRES, “Autonomía privada y libertad contractual en la contratación mercantil”, cit., pp. 430 y s. V. SAN JULIÁN PUIG, *El Objeto del Contrato*, Edit. Aranzadi Pamplona, 1996, pp. 84 y ss.

⁵⁵ Los escolásticos han entendido por “objeto” (objectum) varias cosas; en efecto, no se da exactamente el mismo sentido a “objeto” cuando se trata del objeto en metafísica, en teoría del conocimiento, en ética. Sin embargo, hay un sentido común de “objeto” en cualquier caso, que es el de “término”. Así, en metafísica, el objeto es un término, o fin, o causa final; en teoría del conocimiento, el objeto es el término del acto del conocimiento, y especialmente la forma, ya sea como “especie sensible”, ya como “especie inteligible”; en ética, el objeto es la finalidad, el propósito, lo que se elige, lo justo.

3. Causa, que habrá de ser lícita, e incluso verdadera, aunque la expresión de causa falsa no supone, necesariamente, la invalidez del contrato o de la cláusula
4. Forma, que habrá de ser suficiente para que se expresa el consentimiento sobre el objeto y la causa.

35. Lo que sucede es que estos requisitos requieren -valga la redundancia- otros, propios, requisitos: existencia o -al menos- posibilidad, determinación, licitud. Pues bien; resulta que la cláusula del cliente más favorecido suscita problemas relacionados con esos diversos elementos. Para empezar -en apariencia- respecto del requisito de la forma.

36. Las cláusulas cliente más favorecido no parece que sean cláusulas formales; no parece que su introducción en el contrato esté sometida a un requisito de forma que -de hecho- ni siquiera se impone al contrato principal. Rige, pues, la libertad de forma, aunque es muy difícil que una cláusula de tal alcance -y que altera o deroga singularmente el artículo 1256 Código civil- pueda no presentarse en una forma escrita que deje constancia de su inclusión y de su contenido, aunque -a decir verdad- esto ya no es un problema de forma, sino un problema de prueba.

37. Por otra parte, si la cláusula de cliente más favorecido no está sometida a un requisito de forma, además tampoco es una cláusula ritual: no es preciso que haya de expresarse mediante ninguna fórmula determinada; en teoría pudiera bastar con una mínima expresión; incluso con su propia, pura y simple denominación: *“Se aplicará el trato de cliente más favorecido”*.

38. El problema es que, a la hora de configurar la virtualidad vinculante y los efectos de la cláusula, una vez que concurre la contratación con un tercero en condiciones más favorables, a las que se ha de adaptar el contrato con el beneficiario, se ignora -y sería preciso determinar- qué consecuencias tiene esto. ¿Hay una modificación automática y -si se me permite la expresión- de oficio del contrato con el beneficiario? ¿O, por el contrario, de forma análoga a la cláusula de *“hardship”*, es preciso entrar en negociaciones para llevar a cabo la modificación contractual?

39. En principio, la expresión cláusula del cliente más favorecido parece que sugiere automatismo, pero como se trata de una cláusula atípica, no podemos dar como indiscutiblemente cierto; no podemos considerar como una verdad absoluta, que una cláusula cliente más favorecido no pueda presentar una estructura -digamos- mixta, que combine un elemento de renegociación contractual.

40. Mas todo lo que se acaba de exponer, extravasa ya del plano de la forma, para entrar en el plano del objeto y contenido, porque -en definitiva- todos los supuestos aspectos diferentes no son sino diversas caras de un mismo fenómeno; de una misma realidad: la forma expresa el consentimiento y el consentimiento, o tiene un objeto determinado, o no será consentimiento en absoluto, sino simple inclinación psicológica. Sea como fuere; es necesario elaborar una cláusula cuyo contenido ideológico sea suficiente -incluso aunque lo sea en mínima medida- para producir efectos jurídicos reales.

41. El otro gran problema que suscitan las cláusulas cliente más favorecido, desde el punto de vista de la teoría del negocio jurídico, es el problema de su licitud causal y objetiva; es decir: que, desde el punto de vista de la teoría del negocio jurídico, las cláusulas cliente más favorecido suscitan dudas en punto a si tanto su objeto como su causa son lícitos o -por el contrato- ilícitos o antijurídicos. Y es que la cláusula del cliente más favorecido ha suscitado profundas dudas en punto a su licitud, en razón de la posibilidad de que esta cláusula presentase visos anticompetitivos, cual sucedió en la STJCE, Sala Quinta, de 3 de julio de 1991, en el Asunto; *AZKO. vs Comisión*⁵⁶, cuyos párrafos 102 y 103 manifiesta, respectivamente, que:

⁵⁶ STJCE, Sala Quinta; integrada por los Sres. Magistrador: J. C. Moitinho de Almeida, Presidente de Sala; G C Rodriguez Iglesias, Sir Gordon Slynn, R. Joliét y M. Zuleeg, Jueces; Abogado General: Sr. C. O. Lenz; Secretario: Sr. J. A. Pompe, Secretano adjunto, de 03.07.1991, en el Asunto C-62/86; *AZKO. vs Comisión*. F. Díez ESTELLA, *“La Discriminación de precios*

“... 102 ... las ofertas en su conjunto sólo pueden explicarse por la voluntad de AKZO de perjudicar a ECS y no por la de recomponer sus márgenes. De una nota redactada por uno de los representantes de AKZO (anexo 51 del pliego de cargos) se desprende que ésta fijó los precios ofrecidos a Allied en enero de 1981 considerando que eran claramente inferiores a los aplicados por ECS a Allied. Ello demuestra que la intención de AKZO era no sólo conseguir el pedido, para lo cual únicamente hubiera tenido que bajar sus precios en la medida necesaria al efecto.

103. Además, al ofrecer a Allied un precio equivalente al ofrecido por ECS a Spillers, el objetivo de AKZO era fijar sus precios lo más bajo posible sin quebrantar el compromiso que había suscrito ante la High Court de Londres de no bajar sus precios de venta del peróxido de benzoilo con la intención de eliminar a ECS...”

42. Ello se explica, no solamente porque -para ser sinceros- una absoluta diferenciación entre objeto y causa no es posible; porque la causa -en definitiva- forma parte del objeto, si es que por “objeto” entendemos -a la manera en que proponen García-Pita o San Julián Puig- no el objeto de la obligación, ni tampoco el objeto de la prestación, sino la realidad social externa —en cuanto sea “susceptible de utilidad e interés”—, acotada y moldeada por la voluntad de las partes, sobre la que ha de incidir la conducta contractual programada⁵⁷. Por eso, el artículo 1261 alude al “*objeto cierto que sea materia del contrato*”; no materia de la obligación, sino materia del contrato⁵⁸. El objeto del contrato es un concepto objetivo y funcional porque alude a un conjunto de elementos socioeconómicos, pero no por sí mismos y por sí solos, sino en una especie de estado físico dinámico que les proporciona la voluntad; el consentimiento: el objeto de un contrato o de un negocio jurídico -y, por tanto, de sus cláusulas- consiste en diseñar e imponer o asumir -comprometerse a- un programa de comportamiento aplicado a una determinada realidad socioeconómica, que la *lex contractus* tratará de disciplinar, sometiéndola a su voluntad. Por este motivo, el ámbito del objeto del contrato abarca el clausulado contractual; el conjunto de “pactos, cláusulas y estipulaciones”, unos por unos, en cuanto contribuyen a acotar la realidad socioeconómica que la voluntad contractualmente anudada contribuye a programar.

43. Pues bien; si -como disponen el artículo 1º, nº 1 de la Ley nº 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y el artículo 101(1) del TFUE- “*Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional ...*” o “*Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior...*”, entonces la simple y objetiva mera posibilidad de caer un pacto, cláusula, acuerdo o condición negocial dentro del ámbito de la prohibición, aunque no fuera propósito de los otorgantes impedir, restringir o falsear la competencia, determinará que dicho pacto, cláusula, etc. sea objetivamente restrictivo y que resulte objetivamente prohibido (Posteriormente se analizarán el problema, cuando la situación es, no tanto la de una colusión, como la de un abuso de posición de dominio (artículo 1º, nº 1 de la Ley nº 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y el artículo 102(1) del TFUE). Y hay que reconocer que -en efecto- el propósito de esta cláusula “poder adaptar un contrato ya celebrado a las condiciones cambiantes del mercado” y, por consiguiente, su contenido, pueden alterar la libre competencia en el sector⁵⁹, dependiendo del poder de negociación de las partes, el objeto, el alcance del acuerdo y el mercado en el que opera⁶⁰.

en *Derecho de la Competencia*”, Edit. Civitas., Madrid, 2003, ps. 344 y ss. C. PEPINO, *La Performance en Droit des Affaires*, cit., p. 113.

⁵⁷ J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES: “Autonomía privada y libertad contractual en la contratación mercantil” cit., p. 432. SAN JULIÁN PUIG, V.: *El Objeto del Contrato*, edit. Aranzadi, S.A., Pamplona, 1996, págs. 84 y s. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. I, *Introducción. Teoría del Contrato*, edit. Civitas, S. A., 4.ª ed., Madrid, 1993, págs. 201 y s. DE PABLO CONTRERAS, P.: «Capítulo 10. Requisitos del Contrato», en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. y PARRA LUCÁN, M.ª A.: *Curso de Derecho Civil*, t. II, *Derecho de Obligaciones*, coord. por MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., edit. Colex, S. A., 2.ª ed., Madrid, 2008, pág. 373.

⁵⁸ J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES: “Autonomía privada y libertad contractual en la contratación mercantil” cit., pp. 432 y s.

⁵⁹ V. D’ALESSANDRO, “Clausola del Cliente piú favorito”, cit., p. 709. P. AMATO, “*I contratti tra imprenditori all’interno della filiera produttivo-distributiva*”, cit., p. 95.

⁶⁰ P. AKMAN, “A Competition Law Assessment of Platform Most-Favoured-Customer Clauses”, CCP Working Paper 15-

44. Más complejidad puede plantear el problema de la licitud/ilicitud causal, pues -como es sabido- aunque el artículo 1261 del Código civil habla de la “*causa de la obligación que se establezca*”, y aunque el artículo 1274 pretende ofrecernos un concepto legal de “*causa*”, lo cierto es que nos encontramos en presencia de una de las nociones más complejas y de delimitación más controvertida de toda la Ciencia del Derecho privado: como señala García-Pita⁶¹, ya resulta suficientemente llamativo -e incongruente- que el artículo 1261 hable de “*causa de la obligación*”, mientras la Secc. Tercera, del Cap. IIº, Tít. IIº, Lib. IIIº del C.Civ., donde se encuentra aquel artículo -según sus propios términos literales- trate “*de la causa de los contratos*”. Y es que, por “*causa*”, puede entenderse -entre otras cosas- la función económica de una institución (sobre todo de los contratos y negocios jurídicos)⁶²; una función, en ocasiones, “*objetiva*” y típica (objetiva porque es típica), y otras -por el contrario- “*subjetiva*” -aunque compartida- y atípica, o mejor dicho: es subjetiva porque no es típica, cual sucede -como ya se podrá suponer- en los contratos atípicos, tanto si poseen una atipicidad legal, como si únicamente son objeto de una cierta desviación causal lícita (En este sentido, ya García-Pita hace referencia a la STS., Sala de lo Civil, nº 83/2009 de 19.02.2009⁶³, en cuanto alude a “*motivos casualizados*”; STSs., Sala 1ª, de 11.07.1984; de 21.11.1988 o de 08.04.1992). Así; cuando una cláusula de cliente más favorecido tiene un propósito anti-concurrencial -ya sea consciente, o no- dicha cláusula caerá dentro de la prohibición legal del artículo 1º, nº 1, de la Ley de Defensa de la Competencia; ilicitud que podría hacerse todavía más evidente -y grave- si atendiésemos a la idea de la causa de la obligación o de la atribución patrimonial, como razón jurídica que justifica el sacrificio patrimonial experimentado por un sujeto; la razón de por qué asume un deber jurídico de prestación⁶⁴; la clásica “*iusta causa obligandi*” y la cláusula de cliente más favorecido -su efecto modificador favorable para el beneficiario- constituyese la consecuencia de un fenómeno que es ajeno a la -hipotética- contraprestación que satisfaría dicho beneficiario: son los terceros los que se ganan unas determinadas condiciones, por la calidad de sus productos o servicios y sin embargo, es el beneficiario el que “*recoge las nueces*”, por parafrasear las palabras de un conocido político vasco.

45. Recientemente, ha sido la STJUE, de 19 de setiembre de 2024, en el Asunto C-264/23; *Booking.com y Booking.com (Deutschland) vs 25hours Hotel Company Berlin GmbH, Aletto Kudamm GmbH, Air-Hotel Wartburg Tagungs- & Sporthotel GmbH et alios*, en respuesta a dos cuestiones prejudiciales, donde se aclaran posibles dudas sobre la aplicación del artículo 101(1) del TFUE (acuerdos) a las cláusulas de paridad de precios y la teoría de las restricciones accesorias; una sentencia clara y muy esperada que, en una decisión sin precedentes, viene a dar respuesta al problema de la legalidad de estas cláusulas, que se había venido debatiendo durante más de diez años⁶⁵.

46. Y es que hay que tener en cuenta dos hechos evidentes: en primer lugar, que si una economía de mercado se basa -entre otros muchos principios- en la libre y leal competencia y la autonomía de la voluntad, materializada -muy principalmente- en la libertad contractual, esta última puede constituir, al tiempo que condición indispensable para que exista libre y leal competencia, también instrumento que puede comprometer y afectar esa libre y leal competencia. No hay más que recordar que en todos los or-

12, University of East Anglia, Centre for Competition Policy, ps. 1 y ss., en <https://www.regulation.org.uk/library/2015-CCP-never_knowingly_undersold.pdf>. P. AKMAN, P. Y M.A. HVIID, M.A.: “Most-favoured-customer clause with a twist”, en *European Competition Journal*, 2006, pp. 59 s. P. AMATO, “*I contratti tra imprenditori all'interno della filiera produttivo-distributiva*” cit., p. 95.

⁶¹ J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, “Autonomía privada y libertad contractual en la contratación mercantil”, cit., pp. 435 y s.

⁶² J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, “*Derecho de Títulos-valores (Parte General)*”, edit. Editorial Andavira – Tórculo, 3ª ed., Santiago de Compostela, 2006, ps. 87 y s. A. FONT I RIBAS, “*Exclusió de cobertura i clàusules limitadores. Estudi introductori*”, p. 22, en <<http://www.ub.edu/mercanti/ASS.pdf>>.

⁶³ STS., Sala de lo Civil, nº 83/2009 de 19.02.2009; Ponente Excmo. Sr. D. A. Salas Carceller, recaída en Recurso de casación nº 2236/2003. Vid. en J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES: “Autonomía privada y libertad contractual en la contratación mercantil” cit., p. 436.

⁶⁴ J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES: “*Derecho de Títulos-valores...*”, cit., 3ª ed., p. 87 y ss. A. FONT I RIBAS, “*Exclusió de cobertura i ...*”, cit., p. 22, en <<http://www.ub.edu/mercanti/ASS.pdf>>.

⁶⁵ GOUACHE AVOCATS, “La CJUE clarifie un débat de longue date : les clauses de parité ne constituent pas des restrictions accessoires”, en <<https://www.gouache.fr/ressources/la-cjue-clarifie-un-debat-de-longue-date-les-clauses-de-parite-ne-constituent-pas-des-restrictions-accessoires/>>, 22 de enero de 2025.

denamientos modernos, en los que existe una normativa “*antitrust*”, una de las dos conductas paradigmáticas restrictivas o falseadoras de la competencia son las prácticas colusorias, concertadas; los acuerdos anticompetitivos y -asimismo- “los pactos, cláusulas o estipulaciones” contractuales que pudieran tener por objeto o que produjesen o pudieran producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia. Así; la mencionada STJUE, de 19 de setiembre de 2024, en el Asunto C-264/23; *Booking.com (Deutschland) vs 25hours Hotel Company Berlin GmbH, Aletto Kudamm GmbH, Air-Hotel Wartburg Tagungs- & Sporthotel GmbH et alios*, concluye disponiendo -entre otras cosas- que el artículo 101 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que “*las cláusulas de paridad, tanto amplia como restringida, incluidas en los acuerdos celebrados entre las plataformas de reservas hoteleras en línea y los proveedores de servicios de alojamiento no están excluidas del ámbito de aplicación de esta disposición por ser accesorias a dichos acuerdos*”; es decir: que la materia o contenido de estas cláusulas es -objetivamente- susceptible de comprometer la libre competencia; que no se hallan fuera del ámbito del Derecho “*antitrust*” y que merecen, como mínimo, ser sometidas a la supervisión -escrutinio- de las Autoridades judiciales o administrativas que aplican el Derecho de la competencia, aunque -ciertamente- supervisión no implica necesariamente ilicitud ni prohibición absoluta del uso de dichas cláusulas.

47. Ahora bien; el problema es que, por el momento, simplemente se ha referido que una “cláusula de cliente más favorecido” (CMF) puede resultar objetiva y/o causalmente ilícita, desde el punto de vista iusconcurrencial, tanto si tiene un propósito anticompetitivo, como si -cualquiera que fuere su finalidad- resultase material y objetivamente restrictiva de la competencia. La cuestión pendiente es si de verdad estas cláusulas tienen efectos anticompetitivos, y cuándo y por qué pueden tenerlos, lo cual no deja de plantear ciertos problemas previos, comenzando por el de la virtualidad anticompetitiva potencial o teórica.

48. Para empezar, hemos de tener en cuenta que, en muchos casos, la competencia perfecta es algo que no se puede lograr, y -así- el interés a proteger no es el interés general en una competencia que -de hecho- constituye más bien un modelo teórico que una realidad práctica, sino el interés en una competencia imperfecta o practicable; la competencia que podamos garantizar en mercados con algunos -potencialmente pocos- competidores oligopolísticos, cuya actuación en el mercado puede favorecer la eficiencia (por ejemplo, debido a los rendimientos crecientes). En esos casos, la crítica también podría refutarse con base en un argumento de segunda opción⁶⁶: incluso aunque el objetivo de la competencia perfecta resulte inalcanzable, se debe maximizar el interés público y, al mismo tiempo, permitir que las empresas elijan sus estrategias libremente y sin recurrir a esas técnicas de cooperación que constituyen prácticas colusorias. Desafortunadamente, la política de competencia carece de los instrumentos para implementar dicha política de segunda opción.

49. Sea como fuere, lo importante es destacar que -considerada la cuestión desde el punto de vista del Derecho de los negocios jurídicos- la hipotética ilicitud objetiva o causal las cláusulas de cliente más favorecido deviene en una cuestión compleja, que resulta depender ora de consideraciones dogmáticas, ora bien de circunstancias fácticas variables y contingentes, que -por lo demás- dependen del propósito, el contenido y los fines de los contratantes, pero también de la estructura del mercado y del modo en que se ve afectada.

50. En este sentido, la problemática ius-contractual que generan las cláusulas de cliente más favorecido se hace más compleja, cuando se considera la incidencia del Derecho “*antitrust*”, ya que el hecho de que la cláusula del cliente más favorecido suela incluirse en acuerdos —a menudo a largo plazo— entre partes que operan en diferentes niveles de la cadena de producción/distribución en diversos sectores económicos, como, por ejemplo, la energía, los seguros, la sanidad, la distribución cinematográfica y el turismo, suscitan la problemática típica de los cárteles verticales⁶⁷, pues -aunque la

⁶⁶ LIPSEY, RICHARD Y KELVIN LANCASTER, *The General Theory of the Second Best* en *Review of Economic Studies* (1956).

⁶⁷ E. GELLHORN, cit., 3ª ed., ps. 278 y ss.

prohibición de los acuerdos de cartelización afecta, primeramente, a los denominados acuerdos horizontales- no hay que excluir que, igualmente, puedan ser anticompetitivos y que puedan quedar prohibidos por el Derecho “*antitrust*”, los cárteles verticales. Y es que, por razón de la posición que ocupan las diversas empresas participantes, los acuerdos o cárteles pueden ser –lo mismo que las concentraciones y/o uniones de empresas- horizontales y verticales o –inclusive- diagonales. En este sentido, el criterio delimitador se sitúa en cuál sea, dentro del marco del proceso productivo, el nivel en que se encuentran las empresas o entidades que se concertan y -lo que es más importante; de hecho, lo que es esencial- en cuanto se concertan; criterio que permite diferenciar entre:

1. Cárteles horizontales de empresas: las entidades concertadas desarrollan la misma actividad -sobre los mismos productos y/o servicios-, y se hallan en el mismo nivel del proceso de producción/distribución.
2. Cárteles verticales: las entidades concertadas pueden desarrollar la misma actividad o una actividad distinta -aunque relacionada, al referirse a los mismos productos y/o servicios-, pero se hallan en un nivel diferente, dentro del proceso de producción/distribución⁶⁸.
3. Cárteles diagonales: se concertan entidades que ni se hallan en un mismo nivel del proceso de producción/distribución, ni tampoco desarrollan las mismas actividades, o actividades, siquiera, relacionadas.

Pues bien; lo cierto es que existió una -inicial- desorientación en punto a si los acuerdos verticales debían, o no, quedar sometidos a las prohibiciones propias del Derecho de la competencia, en materia de prácticas colusorias.

51. Pues bien; aunque las prohibiciones contenidas en los artículos 1º de la Ley de Defensa de la Competencia y 101 TFUE afectan, primeramente, a los denominados acuerdos horizontales, no hay que excluir que, igualmente, puedan ser anticompetitivos y que puedan quedar prohibidos por el Derecho “*Antitrust*” los cárteles verticales⁶⁹, los cuales –a su vez- pueden clasificarse en dos grandes categorías; a saber.:

1. Los cárteles verticales que tienen por objeto restringir la distribución de un producto (o de un servicio).
2. Y los cárteles verticales que tienen por objeto excluir o apartar del mercado a empresas competidoras⁷⁰.

52. Por otra parte; frente al reconocimiento general del principio “*pacta sunt servanda*”, que permite esa amplitud de posibles pactos, cláusulas y condiciones de que habla el artículo 1255 del Código civil -y, en definitiva, también los artículos 51, 117 y 118 del Código de comercio-, sabemos que el Derecho de la competencia se muestra hostil a las cláusulas contractuales -entre operadores económicos- cuyo contenido se pueda calificar como de “*comportamiento no-independiente*”; cláusulas que persiguen reducir el riesgo de mercado que conlleva la competencia, sustituyéndolo por un acuerdo que garantiza un comportamiento previsible entre los participantes; se trata de cláusulas que -por hallarse insertas en el seno de acuerdos bi- o plurilaterales, frecuentemente de naturaleza contractual- debieran tener por propósito institucional legítimo facilitar las transacciones económicas reduciendo los conflictos de intereses inherentes a todo contrato (El vendedor busca obtener el precio más alto; el comprador pagar el más bajo y así sucesivamente), pero, más que reducir los conflictos inherentes fenómenos de cambio o de comercio para -merced a esa reducción- facilitar dichos procesos económicos, estas cláu-

⁶⁸ J. COSTAS COMESAÑA, *Los Cárteles de crisis. Crisis económica y defensa de la competencia*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1997, cit., p. 41. E. GELLHORN, cit., 3ª ed., p. 278.

⁶⁹ E. GELLHORN, cit., 3ª ed., ps. 278 y ss. Como señala J. PASCUAL Y VICENTE, “La nueva Regulación europea general de las restricciones verticales de la competencia”, en “*Anuario de los Mercados y de la competencia*”, 2002.

⁷⁰ E. GELLHORN, 3ª ed., p. 281.

sulas de comportamiento no-independiente distorsionan el conflicto a solventar, al afectar -de modo ilegítimo- a los intereses generales y de terceros que convergen en el mercado de los mismos productos y servicios, ya que favorecen a una parte -el beneficiario- a costa de los esfuerzos competitivos de esos otros terceros, lo que probablemente -y dicho sea desde la perspectiva del Derecho de contratos- nos situaría en presencia de cláusulas o pactos que habría que analizar si resulta, o no, “*contrarios a las leyes, a la moral (y/o) al orden público*”, porque nos movemos -aquí- en los límites de la Autonomía privada legítima.

Ahora bien; el problema es que los comportamientos no-independientes son algo muy difícil de identificar, por lo que los tribunales y operadores jurídicos reguladores deben recurrir a la observación de comportamientos evidentes o externos, para -sobre la base de ellos- inferir la existencia de dicho comportamiento anticompetitivo, de forma similar a como los médicos utilizan los síntomas para identificar una enfermedad⁷¹. Sin embargo, como los síntomas pueden tener diferentes causas, las prácticas observables pueden tener diferentes motivos. Cada práctica puede no ser ilegal por sí sola, pero combinada con otras, y en algunos contextos, sí puede serlo. Concretamente, las denominadas cláusulas de cliente más favorecido en contratos de compraventa, que garantizan al comprador que no se ofrecerá a ningún otro cliente un precio inferior, parecen caer dentro de las prohibiciones contenidas en preceptos como los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) (antes arts. 81 y 82 TCE o Tratado de Roma), o -por referirnos al Derecho “*antitrust*” estadounidense- dentro de las prohibiciones contenidas en la Ley Clayton (modificada por la Ley Robinson-Patman) que condena la discriminación⁷².

53. Por este motivo, se han desarrollado una serie de medidas estratégicas, como la inclusión de cláusulas de equidad que imponen una obligación general, aunque no automática, de no discriminación hacia uno de los socios comerciales. Otra posibilidad es establecer una obligación no automática para los socios comerciales. Otra solución es incluir una cláusula que permita a las partes notificarse mutuamente las condiciones más favorables, que constituyen un punto de referencia en comparación con ofertas para transacciones similares. En este caso, la parte notificada puede aceptar las condiciones más favorables o restablecer el contrato original para que el beneficiario final pueda concluir la transacción con estos puntos de referencia, o -alternativamente- que resolver o denunciar el contrato original a fin de que el beneficiario pueda concluir la operación con el tercero. Sin embargo, estas cláusulas pueden ser penalizadas debido al desequilibrio significativo que generan en los derechos y obligaciones de las partes, o en virtud de los artículos L. 311-5-1 y siguientes del Código de Turismo francés, cuando se incluyen en contratos entre hoteles y plataformas de reserva en línea.

54. Pero estas cláusulas de cliente más favorecido también pueden considerarse una buena garantía ofrecida al comprador por el vendedor, que -antes bien- tendría por objetivo incitarlo a un mayor esfuerzo comercial competitivo, siendo muy verosímil que los tribunales -en su mayoría- la llegasen a respaldar. Se incluye, por ejemplo, en la “Declaración de Precio Justo” solicitada por la Agencia Canadiense para el Desarrollo Internacional (una agencia gubernamental canadiense que administra programas de ayuda exterior en países en desarrollo). Sin embargo, en algunos casos se sabe que es una forma de estabilizar la fijación tácita de precios cooperativos. El argumento es que las “*cláusulas del cliente más favorecido*” encarecen las reducciones de precios para las empresas⁷³.

55. Sea como fuere, para entender cabalmente el problema, es preciso partir de una distinción; a saber: la distinción entre los distintos niveles del proceso de producción/distribución en que se produce la concertación y en que se producen los efectos restrictivos, que pueden ser -y son- distintos. En este sentido, las cláusulas de cliente más favorecido se caracterizan porque aunque se trata de acuerdos que, por su estructura subjetiva -es decir, atendiendo al nivel del proceso de producción/distribución en que operan

⁷¹ C. D’ASPREMONT C. Y R. DOS SANTOS FERREIRA, “Meet-or-Release and Most-Favored-Customer Clauses, cit., p. 223.

⁷² C. D’ASPREMONT Y R. DOS SANTOS FERREIRA, “Meet-or-Release and Most-Favored-Customer Clauses with Price-Quantity Competition Yield Cournot Outcomes”, en “*Économie publique/Public Economics*”, 2005, vol. 17, fasc. 2, pp. 221 a 230.

⁷³ C. D’ASPREMONT C. Y R. DOS SANTOS FERREIRA, “Meet-or-Release and Most-Favored-Customer Clauses, cit., p. 223.

el concedente y el beneficiario- deberían calificarse como verticales, en cambio proyectan sus efectos -es decir: pueden afectar negativamente- a las relaciones -horizontales- de competencia entre los empresarios-clientes que compiten entre sí, porque uno de ellos -el beneficiario de la cláusula- obtiene, por simple vía contractual, unos beneficios concedidos a terceros, pero sin que para ello deba incrementar sus esfuerzos competitivos legítimos. Lo que sucede es que esto -que parece una restricción horizontal- es, en realidad, una restricción que impone un operador de un escalón del proceso productivo, a otro, de otro escalón diferente, pero que -posiblemente- habrá tenido que aceptar la restricción por la asimetría de poder negociador -superior- del otro, el cual -además- es quien participa como beneficiario de la cláusula. En este sentido, veremos lo que sucedió en la -relativamente reciente- Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, nº S/0005/21, de 29 de julio de 2024, en el Asunto “*Booking.com*”⁷⁴.

56. Comencemos señalando que, desde la adopción de la Ordenanza del 1 de diciembre de 1986, y más concretamente desde 2001 y tras la promulgación de la Ley relativa a las nuevas regulaciones económicas, Francia ha considerado que las cláusulas de cliente más favorecido pueden tener como finalidad modificar artificialmente las fluctuaciones de precios, obstaculizando al mismo tiempo el funcionamiento de los mecanismos del mercado, de conformidad con el artículo L. 442-3, b) Code de comm.fr, sobre cuya base se declaran nulas de pleno las “*clauses du client le plus favorisé*”, aduciendo que el legislador procura garantizar que los acuerdos celebrados por los operadores económicos sean el resultado de negociaciones comerciales respetuosas, justas y no abusivas. De ello se infiere que establecer una cláusula o celebrar un contrato *que permita beneficiarse de las condiciones más favorables concedidas a empresas competidoras significa permitir al operador económico aprovechar la experiencia y el poder de negociación de su competidor sin tener que ofrecer una compensación adicional*, lo cual -además- altera, durante el curso de la relación, la economía del contrato inicialmente prevista por las partes, en beneficio de una sola de ellas. Por lo tanto, se vería comprometido el equilibrio contractual pretendido por las partes⁷⁵ cuando su beneficiario obtiene los beneficios que proporcionan de forma automática. En cambio; este tipo de cláusula se permite en contratos de compraventa en exclusiva, ya que, si el proveedor vende sus productos a un precio inferior al de un revendedor no vinculado por un contrato de suministro exclusivo, se distorsionaría la competencia⁷⁶.

Es evidente que, en esas circunstancias, el objeto y la causa de estas cláusulas quedan institucionalmente comprometidos, desde el punto de vista de la licitud.

57. En este sentido, la -aludida- Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, nº S/0005/21, de 29 de julio de 2024, en el Asunto “*Booking.com*”⁷⁷ nos ofrece una imagen nítida y significativa de los términos del problema: ante todo, resulta fundamental el dato de que la denuncia presentada por la Asociación Empresarial Hotelera De Madrid (AEHM) contra “*Booking.Com*” por prácticas que podrían ser constitutivas de infracción del artículo 2 de la LDC, así como del artículo 102 del TFUE; de conformidad con los cuales -respectivamente- se dispone que:

“1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

2. El abuso podrá consistir, en particular, en:

a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos...” (artículo 2 de la LDC),

⁷⁴ Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, nº S/0005/21, de 29 de julio de 2024, en el Asunto “*Booking.com*”; Presidente D^a. Cani Fernández Vicién; Consejeros D^a. María Jesús Martín Martínez D. Bernardo Lorenzo Almendros D. Xabier Ormaetxea Garai; Secretario del Consejo D. Miguel Bordiu García-Ovies, en resolución en el expediente de referencia incoado por la Dirección de Competencia (DC) contra BOOKING.COM B.V. (BOOKING.COM), por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por los artículos 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

⁷⁵ J. CARMINATI, “*La loyauté dans les relations commerciales au sens du Code de commerce*, cit., p. 149.

⁷⁶ J. CARMINATI, “*La loyauté dans les relations commerciales au sens du Code de commerce*, cit., p. 149.

⁷⁷ Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, nº S/0005/21, de 29 de julio de 2024, en el Asunto “*Booking.com*”.

... y que:

“Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en: imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas...” (artículo 102 del TFUE);

Es decir: por abuso de posición de dominio (ya antes se advirtió que también se contemplaría la incidencia de estos preceptos), aunque sin descartar tampoco la posible comisión de una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101.1 del TFUE.

58. Por consiguiente, el problema podía plantearse ora en términos de práctica colusoria, ora bien en términos de abuso de posición dominante, lo cual -desde el punto de vista, no del Derecho de la competencia, sino del Derecho de contratos- supone dos problemas diferentes, porque en un caso nos encontramos con una voluntad común -más o menos- libre, mientras que en el otro nos encontraríamos con algo que puede considerarse un caso de contratación por adhesión con un claro componente de imposición aceptada por la fuerza del poder negociador de la otra parte; un caso -colusión- podría considerarse como algo que negocialmente infringe la Ley y puede considerarse prohibido si contradice normas imperativas o el Orden público (artículos 6º y 1255 del Código civil), mientras que el otro -abuso de posición dominante- podría considerarse como algo que negocialmente es contrario a la moral (artículo 1255 del Código civil y, eventualmente, artículo 8.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación). Pues bien; la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, nº S/0005/21 (*“Booking.com”*) manifestó que las llamadas Condiciones Generales de Entrega (en adelante, GDT, por sus siglas en inglés -*General Delivery Terms*-) que *“Booking.com”* aplica a su clientela y que *“recogen, entre otros aspectos, las obligaciones de las partes, las normas de funcionamiento de la plataforma, el régimen de responsabilidad, así como la comisión a abonar por el hotel a “Booking.com” con motivo de la prestación de los servicios de intermediación”* deben ser calificadas como un contrato de adhesión, ya que *“Booking.com”* no negocia con los hoteles sus términos, salvo en el caso de un número reducido de alojamientos. Y, por si ello no fuera suficiente, resulta que *“Booking.com”* se reservaba una facultad de modificación unilateral, condicionada únicamente a un plazo de preaviso.

59. Pues bien; la cláusula 2.2 GDT recogía la llamada obligación de “paridad de tarifas y condiciones”, en los siguientes términos -se reproducirá, sólo, el apdo. 1º-:

“2.2 Paridad 2.2.1 El Alojamiento ofrecerá a Booking.com “Paridad de tarifas y condiciones”, lo que se refiere a las mismas o mejores tarifas para el mismo Alojamiento, tipo de habitación, fechas, tipo de cama, número de clientes, las mismas o mejores comodidades y servicios adicionales (p. ej., desayuno gratis, WiFi, check-out antes o después de lo habitual) y las mismas o mejores restricciones y condiciones, como por ejemplo los cambios en las reservas y las condiciones de cancelación que ofrezca el Alojamiento...”

Es obvio, pues, que se trataba de una cláusula de cliente más favorecido (CMF), y -como quiera que -luego- dicha previsión venía reiterada (en relación con los precios) en el apartado 5 de las GDT dedicado a las ‘Declaraciones y garantías’, de acuerdo con el cual el hotel declara y garantiza que, durante la vigencia de las GDT

“... los precios de las habitaciones publicadas en la Plataforma son idénticos o mejores que el mejor precio disponible por una estancia equivalente a la Comercializada online, Publicada online o puesta a disposición online por el Alojamiento de cualquier otra forma en su propio sitio web, y un Cliente no puede obtener un precio mejor haciendo una reserva directamente con el Alojamiento o en su sitio web o aplicación”,

La CNMC calificó a estas cláusulas como “estrictas”, pues sólo obligaba a los hoteles a ofrecer en Booking.com tarifas iguales o mejores que las que ofrecían en sus propios sitios web directos⁷⁸, y “amplias” -ya que los establecimientos hoteleros comprometidos se sometían a la prohibición contractual de ofrecer precios más competitivos en sus propios canales de venta o en otras plataformas de la competencia⁷⁹, lo que les impedía incentivar las ventas directas. De este modo, la CNMC vino a abordar la cuestión de las cláusulas de paridad, considerando que “Booking.com” utilizaba cláusulas de cliente más favorecido (CMF) como principal mecanismo para abusar de su posición dominante en el mercado, ya que -al incluir este tipo de cláusulas en los términos y condiciones estándar que los hoteles debían aceptar- obligaba a los hoteles a ofrecer en “Booking.com” tarifas iguales o mejores que las que ofrecían en sus propios sitios web directos, y amplias, lo que impedía a los hoteles incentivar las ventas directas afectando a la visibilidad de un hotel en los resultados de búsqueda de “Booking.com”.

60. De igual modo, a nivel europeo, algunas decisiones han sostenido que estas cláusulas pueden limitar la libertad de contratar con terceros. Por ejemplo, en la decisión *Prayon* de la Comisión Europea del 14 de diciembre de 1982, se sostuvo que el beneficiario de la cláusula sigue vinculado al proveedor e incluso le impide negociar con terceros en mejores condiciones, porque -obviamente- cada vez que pretenda hacerlo, se verá arrastrado a mejorar las condiciones de ese beneficiario-parásito. Ciertamente que -a diferencia de lo que sucede en Derecho francés- esto no supone una prohibición absoluta de las cláusulas de cliente más favorecido, pues no es lo mismo una prohibición absoluta, que una prohibición genérica. Así; es posible que estas cláusulas caigan -genéricamente- dentro de las prohibiciones de los arts. 101 y 102 TFUE, pero ello no obsta a que se hallen sujetas a revisión caso por caso, para evaluar el efecto competitivo del mecanismo. Porque, por otra parte, estas cláusulas siguen siendo muy útiles en la práctica y se utilizan ampliamente en contratos a largo plazo, en particular en el sector minorista, donde las partes contratantes se enfrentan a una competencia cada vez mayor.

61. Desde luego, en el Caso “Booking.com” la CNMC estimó que la citada entidad había incurrido en varias infracciones únicas y continuadas del artículo 2 de la LDC, así como del artículo 102 del TFUE, aunque la que interesa a los efectos de la presente exposición es la siguiente: un abuso de posición de dominio consistente en la imposición de condiciones comerciales no equitativas a los hoteles situados en España como resultado de las siguientes conductas anticompetitivas: o la asimetría en la aplicación de la cláusula de paridad de precios estrecha por parte de “Booking.com” existente desde al menos el 30 de abril de 2019 hasta, en principio, julio de 2024⁵⁸⁶, pues cuando “Booking.com” impone una cláusula de paridad de precios estrecha a los hoteles, les impide rebajar su precio (respecto al precio ofertado en “Booking.com”) en su propio canal de venta en línea. Por otra parte, “Booking.com” se reserva la posibilidad de rebajar unilateralmente el precio que ofrece el hotel a través de ella, con cargo a su propia comisión, en determinados casos.

62. Claro que la antijuridicidad -o, en su caso, la hipótesis de una eventual justificación, incluso aunque la práctica no hubiera sido meramente colusoria, sino abusiva (en este sentido, la Resolución pone fin a un debate jurisprudencial que se ha prolongado durante años, como consecuencia del Reglamento 2022/720, que aborda la cuestión de las cláusulas de paridad, y que establece que las cláusulas de paridad ampliadas son restricciones *excluidas* y que las cláusulas de paridad restringidas *pueden beneficiarse de la exención*)- es una antijuridicidad “antitrust” o iusconcurrential, por este motivo, se presenta -literalmente- como la “antijuridicidad de un comportamiento típico” y -precisando aún más- como “la realización del tipo no amparada por causas de justificación: esto implica que todo comportamiento típico será antijurídico a menos que esté autorizado por una causa de justificación de las contenidas en

⁷⁸ Dice la Resolución que “Este tipo de cláusula de paridad se conoce como paridad estrecha/limitada/restringida, pues solo cubre los canales en línea de venta directa del hotel, a diferencia de la cláusula de paridad amplia, la cual alcanza todos los canales en línea que emplee el hotel (y no solo el propio canal de venta en línea del hotel)”.

⁷⁹ Donde se distingue entre “una cláusula de paridad de precios limitada, que prohíbe al hotelero ofrecer precios más competitivos directamente, y una cláusula de paridad de precios ampliada, que prohíbe al hotelero ofrecer precios más competitivos en sus propios canales de venta o en otras plataformas de la competencia”.

el ordenamiento sancionador". Y es que estamos ante una resolución que -ante todo- tiene un carácter administrativo-sancionador; no se trata -aunque pueda conducir a ello- de una cuestión de Derecho patrimonial privado; de Derecho de contratos y negocios jurídicos, en la que lo que se pone sobre el tapete sean los límites creadores de la autonomía de la voluntad.

63. Por consiguiente, no toda cláusula de este tipo ha de calificarse como ilícita por contraria a la libre competencia; la evaluación de estas cláusulas, en términos o desde el punto de vista del Derecho antimonopolio, debe realizarse caso por caso⁸⁰, ya que pueden dar lugar a un acuerdo vertical entre empresarios, regulado a nivel europeo por el artículo 101 del TFUE, o a un abuso de posición dominante con arreglo al artículo 102 del TFUE. Y es que la cláusula del cliente más favorecido puede, de hecho, conducir a una fosilización de los precios impuestos por el proveedor y al mantenimiento de precios más altos, ya que una política de precios a la baja resultaría en un ajuste necesario para mejorar las condiciones de todos los beneficiarios, en presencia de una cláusula retroactiva.

64. La cuestión es, en cambio, la que atañe a lo que debiera suceder -o lo que podría suceder- en ese otro plano que es el del Derecho de contratos, sin duda una resolución de la CNMC declarativa de antijuridicidad seguramente tendrá una consecuencia en el plano del Derecho de contratos, determinando la nulidad de la cláusula. Si acaso, la cuestión pendiente sería: sobre qué base jurídica y cuál sería el factor determinante de esa nulidad. ¿El artículo 1º o 2º de la LDC o sus paralelos los artículos 101 y 102 del TFUE, sea directamente o a través del tamiz de preceptos como los artículos 8º y 1255 del Código civil o el art. 8º nº de la Ley de Condiciones Generales, o incluso de los artículos 50, 53 o 118 del Código de comercio, especialmente cuando este último habla de ser "*válidos y eficaces los contratos entre las compañías mercantiles y cualesquiera personas capaces de obligarse, siempre que fueren lícitos y honestos*"? ¿La Resolución de la CNMC? ¿La inmoralidad del acuerdo (De nuevo, los artículos 1255 del Código civil y 118 del Código de comercio)? ¿Acaso todo ello, en función de lo que interese más a la parte que cuestiona la validez de -en este caso- la cláusula de cliente más favorecido?

Desde luego, cuando la cláusula de cliente más favorecido (CMF) aparezca como fruto de una práctica de abuso de posición dominante, pareciera que la ilicitud proviene, más bien, del plano causal o que afecta más directamente a la causa del negocio jurídico, ya que -como señala García-Pita⁸¹- "*las circunstancias subjetivas que pueden determinar la invalidez de un contrato mercantil suelen darse en aquellos negocios cuya finalidad o motivo, que -por lo general- no se traslucen en el propio contrato, son ilegales o inmorales. Tales serían: los llamados contratos "de agarrotamiento económico", cuyo fin es restringir la libertad económica o personal de un contratante*"⁸²-, *cuya situación no le permite resistirse a la firma de tales pactos, en beneficio del otro*". Pues bien; pareciera que una CMF, torticeramente utilizada, podría constituir un vicio del contrato o -siquiera- un vicio de la cláusula; un vicio causal -contrariedad a la moral, a la buena fe o al orden público (considerando la causa como función o finalidad económica)-, más que propiamente un vicio de su objeto o -mejor dicho- más que un vicio de su contenido. También sería posible considerar la hipótesis de que la CMF se viese afectada por vicios de la voluntad, por razón de la probable falta de libertad real al contratar si se demuestra que el consentimiento fue arrancado mediante una presión económica irresistible que vicia su voluntad.

⁸⁰ P. AKMAN, "A Competition Law Assessment of Platform Most-Favoured-Customer Clauses" cit., p. 6. P. AMATO, "*I contratti tra imprenditori all'interno della filiera produttivo-distributiva*", cit., p. 95.

⁸¹ J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES: "Autonomía privada y libertad contractual en la contratación mercantil", cit., p. 444.

⁸² Precisaba J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES: "Autonomía privada y libertad contractual en la contratación mercantil", cit., p. 444, que necesariamente el sometido o afectado por estos contratos debía ser persona física, pero -en realidad- ello no es absolutamente necesario pues aunque el concepto de "agarrotamiento" suele asociarse a la protección de la persona física (por ser la parte tradicionalmente más débil), la doctrina y la jurisprudencia extienden esta protección a las personas jurídicas (empresas o sociedades) en contextos específicos. Y es que el punto fundamental no reside en la naturaleza del sujeto, sino en la existencia de una asimetría extrema y un abuso de posición dominante.

3. Eficacia: virtualidad modificativa del contrato

65. La cláusula en cuestión tiene por objeto la adaptación del contenido del contrato, cuando se produzca una alteración en las circunstancias del mercado, cuya alteración viene determinada por la existencia de una operación análoga con un tercer cliente, en la que el proveedor ha pactado unas condiciones más favorables para el tercero, que aquellas que en su día ofreció al contratante originario⁸³. En este sentido, el proveedor se obliga a que su contratante originario se beneficie de las condiciones ofrecidas al cliente más favorecido, modificando –así– el contenido de la relación contractual inicial con aquél.

66. Desde luego, fuera del caso de la “*rebus sic stantibus*” –que, en realidad, no es una cláusula, sino un principio general del Derecho –como acertadamente afirma el Prof. García-Pita y Lastres⁸⁴– y, por consiguiente, debiera operar con el automatismo con el que operan las reglas jurídicas objetivas– si las partes desean tener la oportunidad de modificar el contrato, y quieren ser los protagonistas directos, interviniendo activamente en esa adaptación del contrato y no confiar esa virtualidad a la Teoría de las Fuentes del Derecho, es necesario que las partes demuestren su intención tras la celebración del contrato para implementar el mecanismo de revisión.

67. Teniendo en cuenta las circunstancias señaladas anteriormente, existen dos enfoques posibles⁸⁵:

- O bien la adaptación resulta de la negociación entre las partes: como sucede para la cláusula de onerosidad excesiva, tanto el objeto de la obligación (la negociación) como el objeto de la adaptación (la adaptación) deben especificarse; es decir: que no solamente hay que prever la modificación, sino que también hay que prever que esa modificación debería ser efecto de una previa re-negociación de las condiciones del contrato.
- O bien la adaptación resulta del acuerdo entre las partes, sin necesidad de una nueva negociación: en este caso, el contenido de la adaptación debe estar predeterminado (a) por las partes o (b) por un tercero en el momento de la adaptación:
 - a) La manifestación de voluntad de todas las partes o de un solo contrato constituirá el elemento desencadenante de la ejecución de la adaptación, cuyas modalidades estarán predefinidas; por ejemplo, la cláusula del cliente más favorecido o la cláusula de tanteo.
 - b) o bien el contenido de la adaptación será determinado por un tercero, como es el caso de la cláusula de oferta competitiva: por cuanto es la oferta del tercero la que determina los términos de la adaptación

68. Pues bien; al parecer la visión más extendida es que la cláusula de cliente más favorecido se sitúa en el plano de lo voluntario –no de lo legal– y, en consecuencia, carece del automatismo de la norma jurídica, de modo que, en este sentido podemos situarla entre las vías de adaptación no-automáticas⁸⁶.

69. Sin embargo; desde el punto de vista de la eficacia de las propias cláusulas contractuales, hablar de una la cláusula cliente más favorecido parece que sugiere su propia automaticidad o automa-

⁸³ D. MATRAY, y F. VIDTS, “Les clauses d’adaptation de contrats cit., p. 145. M. FONTAINE, Y F. DE LY, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses* cit., ps. 295 y s. Una visión limitada al aspecto de los precios, la encontramos en J. CARMINATI, “*La loyauté dans les relations commerciales au sens du Code de commerce*”, thèse en vue de l’obtention du doctorat de l’Université de Toulouse, Université de Toulouse 2013, p. 149, quien señala que la denominada cláusula del “cliente más favorecido”, también conocida como “cláusula inglesa”, “conlleva la aplicación del precio más ventajoso que se hubiera pactado entre el proveedor y un tercero”.

⁸⁴ Vid in extenso J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, *Contratos y Covid. El principio “Pacta Sunt Servanda” y la Regla “Rebus Sic Stantibus”*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

⁸⁵ D. MATRAY, y F. VIDTS, “Les clauses d’adaptation de contrats”, cit., pp. 144 y ss.

⁸⁶ D. MATRAY, y F. VIDTS, “Les clauses d’adaptation de contrats”, cit., p. 145.

tismo; parece que sugiere que basta el acaecimiento del evento contemplado -celebrar o haber celebrado un contrato con un tercero, en mejores condiciones que las concedidas al cliente/beneficiario- ya, por sí mismo, produce la modificación del contrato del cliente/beneficiario en los términos previstos. Así; estaríamos ante una cláusula de modificación automática, por lo que este tipo de cláusulas podrían diferenciarse de las cláusulas de “hardship”, de modo que su propósito sea modificar las circunstancias originales debido a la ocurrencia de eventos muy específicos (y no, por ejemplo, a una perturbación económica inesperada) y, en consecuencia, las repercusiones en el contrato a menudo pueden planificarse con antelación: indexación automática, reajuste de los tipos de cambio, adaptación a condiciones más favorables ofrecidas a terceros, etc. Ello sugiere automatismo, mientras que las circunstancias en las que operan las cláusulas de “hardship” no permiten la organización anticipada del reajuste, por lo que será necesaria la renegociación⁸⁷.

70. Ahora bien; como quiera que, como ya se anticipó, esta cláusula -como la mayoría de las demás de adaptación de los contratos- es atípica, ya que no se encuentra regulada en el Derecho español, ni tampoco -con carácter general- en el de la mayoría de los países, hacer una afirmación tan tajante es, cuando menos, arriesgado. Muy por el contrario, hay quienes admiten diversas posibilidades: contemplar la hipótesis de que la aplicación de las mejores condiciones pueda ser automática⁸⁸, lo cual sucede cuando -o consiste en que- la redefinición del cumplimiento de las condiciones contractuales originales, sustituidas, ahora, por las condiciones del cliente más favorecido, se produce sin la necesaria renegociación del contrato, o contemplar la hipótesis de que la aplicación de las mejores condiciones pueda ser no-automática, sino tras una negociación específica entre las partes, lo que ocurre especialmente en contratos mercantiles de gran complejidad y alcance⁸⁹.

71. Así las cosas, la diferencia entre las cláusulas de cliente más favorecido y las cláusulas de “hardship” residiría en que estas últimas entran en juego en supuestos de fuerza mayor o circunstancias sobrevenidas que alteran gravemente el equilibrio de prestaciones; situaciones, en principio, traumáticas, mientras que las cláusulas de cliente más favorecido entran en juego en circunstancias mucho

⁸⁷ M. FONTAINE, y F. DE LY, *Droit des contrats internationaux*, cit., p. 492/493. M. FONTAINE, Y F. DE LY, y MORRESI: “La redazione dei contratti internazionali...”, p. 650.

⁸⁸ M. FONTAINE, Y F. DE LY, *Droit des contrats internationaux*, cit., p. 492/493. Eidem: “La redazione dei contratti internazionali. A partire dall’analisi delle clause”, texto italiano a cura di Morresi, edit. Dott.a.giuffrè editre, S.p.A., Milán, 2008, p. 650, quienes proponen la siguiente redacción como ejemplo de cláusula de funcionamiento automático: «En caso de que el proveedor se vea obligado a aceptar con otros clientes condiciones que, en general, sean más favorables que las previstas en este contrato para cantidades y calidades comparables, el proveedor se compromete a garantizar que el cliente se beneficie de las mismas condiciones desde la fecha de su aplicación a un tercero».

⁸⁹ Si bien, algún autor, como V. D’ALESSANDRO, “Clausola del Cliente più favorito,” cit., p. 704, clasifica estas cláusulas como “contemporáneas” o “retroactivas” siguiendo un criterio diverso: “Contemporanea (contemporaneous) o retroattiva (retroactive). La qualificazione della clausola in un senso o nell’altro discende dall’intervallo temporale preso in considerazione ai fini della comparazione e della valutazione della natura più vantaggiosa del prezzo o delle altre condizioni offerte a terzi contraenti nella stipula di contratti analoghi a quello concluso dal beneficiario della pattuizione. Sotto questa luce, mentre nel caso di clausola del cliente più favorito contemporanea il predisponente si impegna a non praticare al cliente condizioni peggiori o, comunque, meno vantaggiose di quelle offerte ad altri contraenti al tempo della conclusione del contratto, ai fini dell’operatività del patto nella variante retroattiva costituiscono parametro di raffronto anche i prezzi praticati successivamente a detto momento, seppure in un lasso di tempo definito. In tale secondo caso, dunque, il beneficiario avrà diritto all’applicazione del prezzo più favorevole o, in termini più generali, alla concessione delle condizioni più vantaggiose che siano state offerte anche ai nuovi clienti, diritto che potrà tradursi nella restituzione, da parte del predisponente, di un importo pari alla differenza tra il prezzo maggiore pagato dal beneficiario della clausola in precedenza e quello inferiore accordato a terzi. La declinazione della previsione nella variante contemporanea, dunque, pare concedere al predisponente una maggiore flessibilità nell’operare politiche di price cutting o nell’offrire condizioni più vantaggiose a futuri contraenti. Invero, sebbene il patto appaia in grado di incidere in ogni caso sulle politiche di sconti degli operatori, un predisponente che abbia concesso una clausola del cliente più favorito contemporanea potrà, in un secondo momento, ridurre l’ammontare dei prezzi praticati o offrire condizioni più vantaggiose ai propri contraenti, senza che gli eventuali beneficiari di clause del cliente più favorito possano esigere l’allineamento del proprio negozio alle successive e migliori condizioni offerte ad altri soggetti. Viceversa, qualora il predisponente conceda una clausola del cliente più favorito retroattiva, lo stesso sarà tenuto a far beneficiare i destinatari delle previsioni delle riduzioni di prezzo o delle migliori condizioni generalmente applicate nelle transazioni successive”. P. AMATO, “I contratti tra imprenditori all’interno della filiera produttivo-distributiva”, cit., p. 94.

menos dramáticas. Y otra diferencia residiría, además, en que mientras las cláusulas de “*hardship*” son siempre cláusulas de renegociación, las cláusulas de cliente más favorecido pueden funcionar -alternativamente- de modo automático. Por consiguiente; la distinción no es absoluta; desde luego, no lo puede ser sobre la base de ese criterio de la automaticidad, y -en consecuencia- ese criterio de la distinta eficacia no puede considerarse determinante en las cláusulas de cliente más favorecido, ya que -por un lado- ciertas cláusulas de cliente más favorecido podrían prever la renegociación en función de las condiciones ofrecidas al tercero, no la adaptación automática.

72. De modo análogo a las cláusulas de “oferta concurrente”⁹⁰, las cláusulas de cliente más favorecido suscitan el problema de determinar cuándo un ulterior cliente resulta más favorecido que el anterior⁹¹, y –desde una perspectiva más dinámica- el problema de la prueba de la mejor condición del cliente más favorecido. A este respecto, para que el beneficiario pueda examinar si se han concedido mejores condiciones a terceros, las cláusulas pueden incluir obligaciones específicas por parte del estipulante de informar o demostrar, a petición de la parte a cuyo favor se prevé la cláusula, que ningún tercero se beneficia de condiciones contractuales más favorables.

73. Al igual que sucede con las cláusulas del tipo “cláusula de oferta concurrente” o “de oferta competitiva”, las partes contratantes que deseen incluir una cláusula de cliente más favorecido deben establecer cuidadosamente los criterios para comparar el contrato vigente con el contrato estipulado en condiciones más ventajosas⁹². Por lo tanto, la posición de las partes es importante: un vendedor podría vender bienes idénticos a un precio diferente según si el comprador es mayorista o minorista. Estos contratos no son comparables⁹³.

74. En función del criterio o el factor del período considerado para evaluar las condiciones de precio más ventajosas ofrecidas a terceros⁹⁴, la cláusula de cliente más favorecido que se inserte en un contrato tanto puede ser de eficacia de futuro o de eficacia retroactiva⁹⁵. Considerando que el punto de vista que debemos adoptar para atribuir cada una de estas calificaciones debe delimitarse tomando como referencia los contratos que el proveedor-promitente celebre con terceros clientes distintos del contratante beneficiario, y -en segundo lugar- habremos de atender al factor cronológico o temporal; es decir: el momento en que se han celebrado esos contratos de referencia, con los terceros. En consecuencia, denominaremos CMF retroactivas a aquellas que tomen como referencia los contratos celebrados con terceros, con anterioridad a la celebración del contrato con el cliente-beneficiario, donde está incluida la cláusula de cliente más favorecido, de manera que las condiciones de que vaya a disfrutar el contratante-beneficiario han de ser iguales o mejores que las que se hayan concedido a los terceros.

75. Denominaremos, en cambio, CMF de futuro a aquellas que tomen como referencia los contratos celebrados con terceros, con posterioridad a la celebración del contrato con el cliente-beneficiario, donde está incluida la cláusula de cliente más favorecido, de manera que las condiciones de que vaya a disfrutar el contratante-beneficiario deberán igualar o mejorar las que se hayan concedido a los terceros

⁹⁰ J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, *Contratos y Covid.*, cit., pp.511 y ss.

⁹¹ S. DIABATÉ, “*Les procédures contractuelles/contractual procedures*”, Thèse de doctorat de l’université Paris-Saclay, École doctorale n° 630 : (DEM) – Droit Économie Management Spécialité de doctorat : Droit privé et sciences criminelles Graduate School : Droit. Référent : Faculté de droit, économie et gestion. Thèse préparée dans l’unité de recherche : Université Paris-Saclay, Institut droit éthique patrimoine, 92330, Sceaux, France. Sous la direction d’Yves-Marie SERINET, Professeur à l’université Paris-Saclay, Edir Université Paris-Saclay, Paris, 2021, p. 61.

⁹² D. MATRAY, Y F. VIDTS, “*Les clauses d’adaptation de contrats*” cit., p. 145.

⁹³ D. MATRAY, Y F. VIDTS, “*Les clauses d’adaptation de contrats*” cit., p. 145.

⁹⁴ P. AMATO, “*I contratti tra imprenditori all’interno della filiera produttivo-distributiva*” cit., p. 95. M.T. SARGENT, “Economics upside-down: low-price guarantees as mechanism for facilitating tacit collusion”, en *University of Pennsylvania Law Review*, 1993, p. 2068.

⁹⁵ V. D’ALESSANDRO, “Clausola del Cliente più favorito”, p. 707. P. AMATO, “*I contratti tra imprenditori all’interno della filiera produttivo-distributiva*”, cit., p. 95. M.T. SARGENT, “Economics upside-down: low-price guarantees as mechanism for facilitating tacit collusion”, cit., p. 2068.

en contratos celebrados con posterioridad al contrato con el cliente-beneficiario, donde está incluida la cláusula de cliente más favorecido.

76. Así las cosas; cabe señalar que, en la primera de ambas hipótesis -CMF retroactivas - realmente no se da lugar, en estricto, a una modificación o adaptación del contrato del beneficiario, sino a un “*status quo*” de condiciones contractuales concertadas hasta el momento, que predetermina las condiciones contractuales que se están discutiendo -en el mismo momento- con el beneficiario de la cláusula; condiciones que -más que contractuales- son pre-contractuales, pues el contrato que incluirá la cláusula de cliente más favorecido se halla, todavía, “*in fieri*”; todavía no existe, pero, cuando exista habrá de incluir las condiciones del cliente -hasta ese momento- más favorecido. Por consiguiente, este supuesto se caracteriza por exigir que el proponente ofrezca al beneficiario las condiciones más ventajosas entre las ya ofrecidas a otras partes contratantes hasta ese momento. Pero si lo que ha de hacer el promitente es ofrecerlas, es porque todavía no se han aceptado; y si no se han aceptado, es que el contrato todavía no existe.

77. Lo que es evidente es que el contratante que se compromete por una cláusula de cliente más favorecido retroactiva, no puede obligarse a modificar los contratos existentes con el resto de su clientela, para situarlos por debajo de las condiciones ofrecidas al contratante beneficiario de la cláusula: sería preciso obtener un difícilísimo consentimiento de cada uno de los demás contratantes, salvo que el contratante-promitente se reserva una opción de modificación unilateral; algo que sólo parece tener parangón en determinadas operaciones bursátiles a plazo.

78. Ahora bien; la implementación de esta cláusula plantea dos problemas importantes; a saber: en primer lugar, supone que el proveedor debe mantener a su contraparte informada sobre las condiciones más favorables otorgadas a un tercero⁹⁶.

79. Ciertamente, se podría exigir al proveedor que revele todos los contratos celebrados con terceros y que revele el detalle de sus condiciones económicas y jurídicas. Sin embargo, esta solución no parece viable en la práctica porque incluso en ausencia de una obligación legal de confidencialidad, existen principios jurídicos -acaso alguno de rango constitucional- y también consideraciones de prudente gestión de la empresa, que hacen esencial cierto grado de discreción en el mundo de los negocios⁹⁷.

80. Una posible solución a la cuestión planteada podría encontrarse, siquiera parcialmente, en recurrir a un tercero independiente para realizar una “*due diligence*”⁹⁸.

59. Y, en segundo lugar, resulta necesario especificar cuándo entrarán en vigor, para el beneficiario, según el contrato vigente, las condiciones más favorables otorgadas a un tercero.

81. Por lo que hace a sus efectos, el cliente originario adquiere el derecho a exigir un tratamiento “*pari passu*” del cliente más favorecido, o incluso mejor que este último CMF *plus*; es decir: tiene un derecho a la modificación de su propia posición contractual, al objeto de que las condiciones a las que se sometió inicialmente queden modificadas, sustituyéndolas por las concedidas al cliente más favorecido⁹⁹, lo cual -considerado, ahora, desde la perspectiva del empresario obligado a conceder este privilegio a su cliente- supone que asume la obligación de ofrecer a sus clientes el precio más bajo o el descuento más importante, de los que haya concedido a su mejor cliente.

⁹⁶ D. MATRAY, Y F. VIDTS, “Les clauses d’adaptation de contrats”, cit., p. 145.

⁹⁷ D. MATRAY Y F. VIDTS, “Les clauses d’adaptation de contrats s”, cit., ps. 145 y s.

⁹⁸ D. MATRAY, Y F. VIDTS, “Les clauses d’adaptation de contrats”, cit., p. 146.

⁹⁹ M. FONTAINE, Y F. DE LY, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, cit., p. 299.

4. Efectos del incumplimiento de la cláusula del cliente más favorecido

82. Si consideramos que es una cláusula pura de cliente más favorecido con funcionamiento automático, no hay posibilidad de incumplimiento porque el efecto de la cláusula es automático y -en principio- parece que no requiere de una conducta humana de cumplimiento; lo que habría -en hipótesis- sería el incumplimiento de la obligación del contrato original, después de haber resultado, ya, adaptada o modificada al producirse las condiciones externas previstas. En otras palabras: ya no estamos ante el incumplimiento de la cláusula que opera automáticamente, sino ante el incumplimiento de la obligación u obligaciones principales o básicas, preexistentes -a las que se refería la cláusula- una vez ya afectadas por la adaptación automática. Si se da este caso, los efectos serán los efectos propios que correspondan al incumplimiento de la obligación principal, y en la medida en que dicha obligación tenga carácter esencial en el contrato, ese incumplimiento podrá determinar la resolución del mismo, pero si no tiene ese carácter, lo más probable es que se limite a dar derecho a indemnización de daños.

83. Pero cuando la cláusula adopta una estructura similar a la de las cláusulas de renegociación -como la “*Harship Clause*”- entonces la negativa a renegociar; la negociación desarrollada de mala fe (negociación tendente a dinamitar el acuerdo), sí que puede constituir un directo incumplimiento de la cláusula como tal, en cuyo caso caben dos planteamientos:

1. Que fijemos la atención en la propia cláusula y en su relevancia intrínseca.
2. O que fijemos la atención en la obligación u obligaciones que podrían verse afectadas por la modificación.

84. En el primer caso, no podemos pasar por alto el hecho de que esta cláusula es un “*accidentale negotii*” y que -aunque no son dos nociones idénticas- probablemente esta cualidad se considere indicativa de que la cláusula tampoco es parte del contenido fundamental del contrato; sería una obligación no-esencial, de manera que su incumplimiento podría tener una relevancia limitada; carecer de la aptitud para considerarse amparada por la condición resolutoria tacita del artículo 1124 del C. Civ. Y, por tanto, no tener otra consecuencia su incumplimiento que hacer al promitente responsable de los daños y perjuicios resultantes para el beneficiario. Porque no podemos olvidar que la cláusula pretende actuar sobre una relación contractual ya vigente; posiblemente en condiciones de recíproco cumplimiento y que responde a una “*lex contractus*” perfectamente válida, de manera que propugnar su resolución se antoja algo verdaderamente arduo. Sería preciso pactar -claramente- que se trata de una cláusula que juega un papel fundamental en la economía del contrato que la incluye.

85. Por el contrario, si fijamos la atención en la obligación u obligaciones que podrían verse afectadas por la modificación, entonces la cualidad de mayor o menor relevancia de la cláusula en sí podría resultar indiferente, porque lo determinante sería la influencia que tiene sobre una u otra obligación o condición contractual, en función de la relevancia que dicha cláusula o condición; que dicha obligación tiene en el contrato. Es de suponer que -muy frecuentemente- se tratará de obligaciones fundamentales, cuya modificación parece que es especialmente querida y no se satisfaría el interés contractual del cliente, si no se le proporcionan las condiciones preferentes, porque el promitente frustra ese objetivo, negándose a negociar o negociando de mala fe. En este caso, parece mucho más verosímil una reacción resolutoria o rescisoria del contrato, por incumplimiento u otras causas.

IV. Conclusiones

86. En el presente trabajo se ha realizado un análisis de la cláusula de cliente más favorecido (CMF) en el marco del Derecho contractual y del Derecho de la competencia. Se toma como contrapunto el principio “*pacta sunt servanda*” y, su contrapeso, el principio “*rebus sic stantibus*”, principios cuya naturaleza jurídica como norma los separa de las cláusulas de adaptación contractual, distinguiendo, a

su vez, entre cláusulas automáticas, no automáticas y las tradicionales cláusulas de “*hardship*”, respecto de las cuales la CMF ocupa un espacio intermedio, con posibles efectos automáticos o negociados según su configuración.

87. La cláusula de cliente más favorecido tiene su origen en el Derecho internacional económico y se ha extendido al comercio mercantil internacional, especialmente en contratos de larga duración, suministro, distribución y financiación. Mediante ella, el proveedor se compromete a garantizar al beneficiario unas condiciones contractuales, como mínimo, iguales a las del cliente más favorecido, pudiendo, incluso, existir variantes reforzadas como la CMF plus, que aseguran condiciones mejores que las ofrecidas al resto de clientes.

88. Se lleva a cabo una especificación de la CMF dentro del género constituido por las cláusulas “*pari passu*”, especialmente en el ámbito bancario, subrayando que mientras estas últimas atienden al comportamiento que debe realizar el cliente -obligándose o no privilegiar la situación de otro acreedor-, la CMF regula principalmente el comportamiento del proveedor frente a clientes competidores. Asimismo, se examina su encaje en el Derecho español, destacando los problemas de licitud de determinadas cláusulas “*pari passu*” tradicionales frente al régimen legal de prelación de créditos y la preferencia de soluciones como la “*negative pledge*”.

89. Desde la perspectiva de la validez, la CMF se fundamenta en la autonomía de la voluntad y debe cumplir los requisitos generales del negocio jurídico: consentimiento, objeto determinado o determinable, causa lícita y forma suficiente. Aunque rige la libertad de forma, su complejidad exige una redacción clara, especialmente en lo relativo a su alcance, criterios de comparación y efectos (automáticos o sujetos a renegociación). Uno de los principales problemas es su posible ilicitud anticoncurrencial, pues puede restringir la competencia al fosilizar precios, facilitar conductas colusorias o desalentar reducciones competitivas.

90. En cuanto a su eficacia, la CMF puede operar de manera retroactiva o prospectiva, dando lugar, en este último supuesto a la adaptación del contrato del beneficiario cuando se concedan mejores condiciones a terceros. Su aplicación plantea dificultades prácticas, como la prueba de la mejor condición y la obligación de información, que a menudo requieren mecanismos adicionales (auditorías, terceros independientes). El incumplimiento puede generar responsabilidad indemnizatoria y, en determinados casos, justificar la resolución contractual, dependiendo de la relevancia de la cláusula en la economía del contrato.

Prueba penal transfronteriza: pronunciamientos del TJUE sobre la OEI, aproximación al paquete *e-evidence* y transmisión digitalizada

Cross-border criminal evidence: CJEU rulings on the EOI, overview to the e-evidence package and digital transmission

LIDIA DOMÍNGUEZ RUIZ
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Almería

Recibido: 14.12.2025 / Aceptado: 30.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2026.10268

Resumen: Con el presente trabajo pretendemos analizar la obtención de prueba penal transfronteriza en la Unión Europea desde una triple perspectiva. En primer lugar, a los efectos de incidir en las cuestiones más controvertidas que la aplicación práctica de la orden europea de investigación conlleva en la práctica; especialmente, a la luz de distintos pronunciamientos del TJUE. En segundo lugar, aproximándonos a las nuevas órdenes europeas de conservación y producción, al ser estas un complemento necesario para la obtención de pruebas electrónicas. Y, finalmente, abordando la transmisión digitalizada de la prueba penal transfronteriza, a través de un sistema informático descentralizado. Todo ello permitirá identificar tanto los logros alcanzados como las principales carencias existentes en la materia.

Palabras clave: prueba penal transfronteriza, Orden Europea de Investigación, Órdenes Europeas de Conservación y Producción, transmisión digitalizada, e-Codex.

Abstract: This paper aims to analyze the gathering of the cross-border criminal evidence from a threefold perspective. Firstly, it focuses on the most controversial issues arising from the practical application of the European Investigation Order, particularly in light of various rulings by the CJEU. Secondly, it explores the new European Preservation and Production Orders, as these are essential complements for obtaining electronic evidence. Finally, it examines the digital transmission of cross-border criminal evidence through a decentralised IT system. All of this will allow us to identify both the progress achieved and the main shortcomings in this field.

Keywords: cross-border criminal evidence, European Investigation Order, European Preservation and Production Orders, digital transmission, e-Codex.

Sumario: I. Planteamiento. II. Materias en las que el TJUE se ha pronunciado sobre la orden europea de investigación. 1. Ámbito de aplicación material. 2. Autoridades competentes para la emisión. 3. Requisitos de emisión. 4. Interceptación de las telecomunicaciones como medida específica de investigación. 5. Admisibilidad de las pruebas obtenidas. 6. Régimen de recursos en el Estado de emisión. III. Peticiones de decisión prejudicial planteadas y no resueltas. IV. Aproximación a las

*Trabajo realizado en el marco de las actividades desarrolladas por el Grupo de Investigación “La renovación del sistema procesal español y europeo” (SEJ384); y en el marco de la línea de investigación “Desafíos del Derecho Procesal en el siglo XXI” del Centro de Investigación en Derecho y Economía Social de la Universidad de Almería (CIDES).

órdenes europeas de producción y conservación como complemento de la orden europea de investigación. V. Especial referencia a la transmisión digitalizada de la prueba penal transfronteriza a través del sistema e-Codex. VI. Reflexión final.

I. Planteamiento

1. Uno de los principales problemas existentes a nivel europeo en materia de obtención de prueba penal transfronteriza ha sido la existencia de un marco jurídico fragmentado y complejo, en el cual el principio de reconocimiento mutuo contaba con un ámbito de aplicación muy limitado. En este sentido, las autoridades judiciales a la hora de obtener las pruebas debían acudir a dos regímenes distintos; por un lado, la asistencia judicial, compuesta por diversos Convenios y Protocolos, por otro, el reconocimiento mutuo, con gran variedad de Decisiones Marco. De ahí la necesidad perseguida por la Unión Europea de establecer un instrumento único, eficaz y flexible para obtener todo tipo de pruebas penales situadas en otro Estado miembro; objetivo que, finalmente, se alcanzó con la *Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal* (en adelante, DOEI)¹.

2. La orden europea de investigación (en adelante, OEI) es una resolución judicial emitida o validada por una autoridad judicial de un Estado miembro –el Estado de emisión– para llevar a cabo una o varias medidas de investigación en otro Estado miembro –el Estado de ejecución–; con la finalidad de obtener pruebas en materia penal o para que se remitan las ya existentes. Todo ello, además, mediante un sistema de formularios normalizados, contemplados en los Anexos de la DOEI y disponibles, en todo caso, en el sitio web de la Red Judicial Europea².

3. En concreto, los Estados miembros tenían hasta el 22 de mayo de 2017 para transponer la DOEI (art. 36 DOEI). Si bien algunos cumplieron dicho plazo, otros fueron adoptando las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Directiva entre mayo de 2017 y septiembre de 2018³. De ahí que el presente instrumento lleve en funcionamiento casi una década, lo que permite incidir en las cuestiones más controvertidas derivadas de su aplicación práctica, especialmente a la luz de distintos pronunciamientos del TJUE.

4. Así, en la primera parte de nuestro trabajo, pretendemos abordar no toda la regulación de la DOEI, sino sólo aquella que ha sido objeto de cuestión prejudicial, para dejar constancia tanto de la problemática existente, como de la interpretación que el TJUE ha dado al respecto. En este sentido, vamos a centrarnos en su ámbito de aplicación material; en las autoridades competentes para la emisión de una OEI; en los requisitos necesarios para su emisión; en la interceptación de las comunicaciones como medida específica de investigación; en la admisibilidad de las pruebas obtenidas a través de una OEI;

¹ DOUE L 130, de 1 de mayo de 2014.

Sobre la evolución normativa en materia de prueba penal en la Unión Europea puede verse, L. DOMÍNGUEZ RUIZ, *La orden europea de investigación. Análisis legal y aplicaciones prácticas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 33-52.

² <https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn2021/ContentDetail/ES/6/89> (última consulta: 10/12/2025).

Nos encontramos, sin duda, ante un instrumento muy utilizado en la práctica. Así, por ejemplo, según el Informe anual de EUROJUST de 2024, en el año 2023 la Agencia prestó apoyo y asesoramiento a las autoridades nacionales en 6314 casos relacionados con una OEI, y en el año 2024 en 6290 casos. Esta información puede consultarse en: <https://www.eurojust.europa.eu/publication/eurojust-annual-report-2024> (última consulta: 10/12/2025).

³ La fecha en la que cada Estado miembros transpuso la DOEI puede consultarse en, https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/EJN_Library_StatusOfImpByCat.aspx?l=ES&CategoryId=120 (última consulta: 10/12/2025).

En cualquier caso, téngase en cuenta que Dinamarca e Irlanda no están vinculadas por la presente Directiva (considerandos 44-45 DOEI). Por su parte, desde el 1 de enero de 2020, el Reino Unido, al retirarse de la Unión Europea, se convierte en un tercer país; de manera que tampoco participa en la OEI.

y en el régimen de los recursos en el Estado de emisión. De igual manera, nos detendremos en aquellas decisiones prejudiciales planteadas pero aún no resueltas.

5. Dejando a un lado los pronunciamientos del TJUE, el segundo objetivo del presente trabajo es aproximarnos al paquete e-evidence sobre obtención transfronteriza de información electrónica en procesos penales, compuesto por el *Reglamento (UE) 2023/1543 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2023 sobre las órdenes europeas de producción y las órdenes europeas de conservación a efectos de prueba electrónica en procesos penales y de ejecución de penas privativas de libertad a raíz de procesos penales* (en adelante, Reglamento 2023/1543), y la *Directiva (UE) 2023/1544 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2023 por la que se establecen normas armonizadas para la designación de establecimientos designados y de representantes legales a efectos de recabar pruebas electrónicas en procesos penales* (en adelante, Directiva 2023/1544)⁴. Y es que, a pesar del éxito de la OEI, sus limitaciones en la obtención y conservación de datos electrónicos son evidentes, lo cual hace necesario un instrumento de tales características que complemente la regulación ya existente. En cualquier caso, téngase en cuenta que aún no son de aplicación. En concreto, el Reglamento será aplicable a partir del 18 de agosto de 2026 (art. 34.2 Reglamento 2023/1543), mientras que la Directiva deberá ser transpuesta a más tardar el 18 de febrero de 2026 (art. 7.1 Directiva 2023/1544).

6. Finalmente, nos centraremos en la transmisión digitalizada de la prueba penal transfronteriza ya que, junto al sistema tradicional de intercambio de información entre autoridades competentes, nos encontramos actualmente con un sistema electrónico descentralizado, el cual, además, es posible gracias al *Reglamento (UE) 2022/850 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2022, relativo a un sistema informatizado para el intercambio electrónico transfronterizo de datos en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil y penal (sistema e-CODEX), y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1726*⁵ (en adelante, Reglamento e-CODEX). Asimismo, y por lo que respecta a la DOEI, nos referiremos también al *Reglamento (UE) 2023/2844 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2023, sobre digitalización de la cooperación judicial y del acceso a la justicia en asuntos transfronterizos civiles, mercantiles y penales, y por el que se modifican determinados actos jurídicos en el ámbito de la cooperación judicial*⁶ (en adelante, Reglamento RDCJ). En definitiva, analizaremos cómo es posible la transmisión de la OEI mediante un canal digital de comunicación seguro, eficaz y fiable y, de igual manera, cómo podrá serlo en un futuro con las órdenes europeas de producción y conservación.

II. Materias en las que el TJUE se ha pronunciado sobre la orden europea de investigación

7. En aras de una mayor claridad expositiva, antes de analizar cada uno de los pronunciamientos del TJUE sobre la materia en cuestión, vamos a referirnos a la regulación que al respecto establece la DOEI en su articulado.

1. Ámbito de aplicación

8. El ámbito de aplicación material de la DOEI es muy amplio, ya que comprende cualquier medida de investigación, salvo las excepciones contempladas en su artículo 3. En este sentido, el considerando 8 de la DOEI indica que la OEI tiene un ámbito de aplicación horizontal, por lo cual debe aplicarse a todas las medidas de investigación dirigidas a la obtención de pruebas. En concreto, a través de la misma pueden obtenerse tanto pruebas ya existentes en el Estado miembro de ejecución, como

⁴ Ambos publicados en el DOUE n° 191, de 28 de julio de 2023.

⁵ DOUE n° 150, de 1 de junio de 2022.

⁶ DOUE n° 2844, de 27 de diciembre de 2023.

la realización de medidas de investigación dirigidas a la obtención de nuevas pruebas (art. 1.1 DOEI); e igualmente la adopción de medidas cautelares de aseguramiento de pruebas, ya que, como establece el artículo 32.1 de la DOEI, el Estado de emisión puede emitir una OEI con la finalidad de adoptar cualquier medida de investigación destinada a impedir de forma cautelar la destrucción, transformación, desplazamiento, transferencia o enajenación de un objeto que pudiese emplearse como pruebas. Asimismo, junto al régimen general de obtención de pruebas, la DOEI contempla de manera específica una serie de medidas de investigación que requieren normas adicionales. Estas son las recogidas en sus artículos 22 a 31⁷.

9. Como puede observarse, la DOEI abarca cualquier medida de investigación en el ámbito de la cooperación judicial penal, y ello en cualquier fase del procedimiento penal, incluida la vista, tal y como queda reflejado en su considerando 25. Ahora bien, cabe destacar el hecho de que la DOEI no concreta qué debe entenderse por “medida de investigación” lo cual ha sido reprochado. Y es que es el elemento en torno al cual gira el presente instrumento, siendo adecuado, además, distinguirlo de las “medidas de aseguramiento”, al tener estas también cabida en la DOEI⁸.

10. A pesar del amplio ámbito de aplicación de la DOEI, en su artículo 3, así como en su considerando 8, se excluye expresamente la creación de un equipo conjunto de investigación y la obtención de prueba en dicho equipo. Esta materia sigue rigiéndose por la *Decisión Marco 2002/465/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre equipos conjuntos de investigación*⁹, lo cual ha originado diversas posturas, tanto a favor como en contra¹⁰. Asimismo, en el considerando 9 de la DOEI, se prevé

⁷ El traslado temporal de detenidos al Estado de emisión y al Estado de ejecución con el fin de llevar a cabo una medida de investigación (arts. 22-23); la comparecencia por videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual (art. 24); la comparecencia por conferencia telefónica (art. 25); la información sobre cuentas bancarias y otro tipo de cuentas y operaciones financieras (arts. 26-27); las medidas de investigación que impliquen la obtención de pruebas en tiempo real, de manera continua y durante un determinado periodo de tiempo (art. 28); las investigaciones encubiertas (art. 29); y la intervención de las telecomunicaciones (arts. 30-31).

⁸ Cfr. C. ARANGÜENA FANEGO, “Orden Europea de Investigación: próxima implementación en España del nuevo instrumento de obtención de prueba penal transfronteriza”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 58, 2017, p. 916.

Asimismo, en palabras de RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, “hubiera sido deseable que sí se hubiera definido qué entendemos por «medida de investigación», pues será el concepto neurálgico sobre el que asentará toda la regulación. Una correcta definición hubiera permitido además más precisión terminológica, de modo que fuera posible distinguir cuándo se trata de una medida con finalidad de investigar o cuándo de una medida para el aseguramiento cautelar, como las reguladas en el artículo 32 D/OEI, pues ambas modalidades se comprenden en la D/OEI. Más aún, hubiera sido necesario que la directiva definiera qué debemos entender por «medidas de investigación coercitivas». El carácter coercitivo o no de las medidas determina un régimen de sustitución y de denegación de la ejecución muy distinto, de ahí la importancia de contar con un concepto claro de coerción en la norma europea que, sin embargo, no proporciona definición alguna sobre este particular” [C. RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, *Obtención y admisibilidad en España de la prueba penal transfronteriza. De las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 308-309].

⁹ DOUE L 162, de 20 de junio de 2002.

Sin perjuicio de que, tal y como establece el artículo 1.8 de la mencionada Decisión Marco, así como el artículo 13.8 del Convenio de Asistencia Judicial en materia penal del año 2000, si el equipo conjunto de investigación necesita ayuda de un Estado miembro que no haya participado en la creación del mismo o de un tercer Estado, las autoridades competentes del Estado en el que actúe el equipo podrán formular la petición de ayuda a las autoridades competentes del otro Estado afectado, de conformidad con los instrumentos o disposiciones aplicables.

¹⁰ Así, a favor de dicha exclusión se pronuncia BACHMAIER WINTER, al entender que la DOEI se basa en el principio de reconocimiento mutuo, mientras que los equipos conjuntos se basan en la autonomía de la voluntad de los Estados miembros implicados y pueden involucrar a terceros Estados. Y, de igual manera, porque considera que el mecanismo de cooperación, su modo de operar, su fundamento y el ámbito de aplicación de la DOEI y de los equipos conjuntos son distintos (L. BACHMAIER WINTER, “Prueba transnacional penal en Europa: la Directiva 2014/41 relativa a la orden europea de investigación”, *Revista General de Derecho Europeo*, 2015, pp. 5-6). En cambio, entiende que lo adecuado hubiese sido incluirlos en la regulación de la DOEI, E. MARTÍNEZ GARCÍA, *La orden europea de investigación: actos de investigación, ilicitud de la prueba y cooperación judicial transfronteriza*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 55 (nota a pie de página 9). En la misma línea, RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, quien llega a dicha conclusión al comparar los equipos conjuntos de investigación con las investigaciones encubiertas, en las cuales es necesario el consenso entre distintas autoridades, que de no alcanzarse denegaría la OEI; pero teniendo en cuenta dicha comparación entiende que su inclusión en la DOEI cobraría sentido [M^a. I. RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, *Obtención y admisibilidad en España de la prueba penal transfronteriza (...)*, cit., pp. 311-313].

la exclusión de la vigilancia transfronteriza a la que se refiere el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen. El motivo fundamental es que dicha vigilancia se considera una medida de cooperación policial, mientras que la DOEI solo abarca la cooperación judicial penal. No obstante, como señala parte de la doctrina, este tipo de vigilancia no tiene que ser necesariamente policial, porque si se realiza mediante dispositivos técnicos de seguimiento y localización, habrá casos, como en el español, en el que se requiera autorización judicial, tratándose entonces de una técnica de investigación judicial¹¹. De igual manera, aunque la DOEI no lo contemple, se excluye de su ámbito de aplicación la transmisión de los antecedentes penales, al contar ya con una normativa específica que regula esta materia¹². Finalmente, cabe también señalar que, aunque es posible emitir una OEI con la finalidad de trasladar temporalmente al Estado de emisión personas que se encuentren privadas de libertad en el Estado de ejecución, si el traslado tiene por objeto su enjuiciamiento deberá emitirse una orden europea de detención y entrega (en adelante, ODE) (considerando 25 DOEI).

11. Tras estas nociones básicas sobre el ámbito de aplicación material de la DOEI, vamos a analizar, a continuación la STJUE de 9 de enero de 2025¹³, que resuelve la petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de Casación francés, y gira en torno a la interpretación de los artículos 1 y 3 de la DOEI para determinar qué se entiende por “medida de investigación” en el marco de la Directiva.

12. En el presente caso, las autoridades judiciales españolas emitieron una OEI a las autoridades judiciales francesas a los efectos de notificarle a una ciudadana española, privada de libertad en Francia, un auto de procesamiento que iba acompañado de una orden de prisión provisional y de constitución de fianza de 30.000 euros; de igual manera, las autoridades españolas solicitaron que se le permitiese a la persona interesada efectuar alegaciones, en presencia de su abogado, sobre los hechos por los cuales se le procesaba. Por su parte, el Tribunal de Primera Instancia de París notificó el auto y tomó declaración a la interesada, quien presentó recurso de anulación contra dicha comparecencia, alegando que la solicitud de las autoridades españolas no constituía una OEI. Sin embargo, el recurso fue desestimado por el Tribunal de Apelación de París al entender que las autoridades españolas sí habían solicitado que se llevasen a cabo investigaciones dirigidas a la obtención de pruebas relativas a un delito, en el sentido de que no solo habían solicitado la notificación del auto de procesamiento, sino también la posibilidad de realizar alegaciones contra los hechos en cuestión. Ante tal desestimación, la procesada interpuso recurso de casación ante el Tribunal de Casación francés sosteniendo que la emisión de una OEI no tiene por objeto la puesta en conocimiento de los cargos formulados contra una persona, ni la notificación de resoluciones, para la cual existen otros instrumentos de cooperación judicial. Llegado este punto, dicho Tribunal suspendió el procedimiento y planteó cuestión prejudicial.

13. La cuestión prejudicial fue planteada en los siguientes términos: “*¿Deben interpretarse los artículos 1 y 3 de la Directiva 2014/41 en el sentido de que permiten a la autoridad judicial de un Estado miembro emitir o validar una orden europea de investigación que tiene por objeto, por una parte, la notificación a la persona sospechosa de un auto de procesamiento, que contiene además una orden de encarcelamiento y de constitución de fianza, y, por otra parte, su declaración para que, en presencia de su abogado, pueda formular todas las observaciones oportunas sobre los hechos mencionados en dicho auto?*”.

¹¹ En este sentido, M^a. I. RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, *Obtención y admisibilidad en España de la prueba penal transfronteriza* (...), cit., p. 310.

¹² Cfr. C. ARANGÜENA FANEGO, “Orden Europea de Investigación (...)”, cit., p. 918.

Decisión Marco 2008/315/JAI, de 26 de febrero de 2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre Estados miembros (DOUE L 93, de 7 de diciembre de 2009).

¹³ STJUE de 9 de enero de 2025, asunto C-583/23 AK contra *Ministère public* (ECLI:EU:C:2025:6).

Un comentario sobre la misma puede verse en E. LARO GONZÁLEZ, “El concepto de medida de investigación según la Directiva (UE) 2014/41, a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de enero de 2025 (asunto C-583-23)”, *Diario La Ley*, n° 10691, 2025.

14. Para responder a la misma, el TJUE comienza determinando qué debe entenderse por “medida de investigación” en el sentido de los artículos 1 y 3 de la DOEI, ya que esta no ofrece definición alguna ni remite al Derecho de los Estados miembros para su concreción. Por ello, aboga en favor de una definición simple y usual, entendida como cualquier acto de investigación destinado a demostrar la existencia de un hecho punible, las circunstancias en las que se ha cometido y la identidad de su autor. La finalidad de la medida de investigación debe ser, por tanto, que el Estado de emisión obtenga pruebas (apartados 27-35).

15. En consecuencia, el TJUE declara que la resolución mediante la cual una autoridad judicial de emisión solicita la notificación de un auto de procesamiento, ordena la prisión de una persona con fines distintos a los contemplados en los artículos 22 y 23 de la DOEI o impone la constitución de una fianza, no constituye una OEI en el sentido de la Directiva. En primer lugar, porque la notificación de auto de procesamiento no va dirigida a obtener pruebas, sino que constituye una obligación procesal destinada a hacer avanzar la acción pública iniciada contra la persona en cuestión, notificación que, además, se rige por el artículo 5 del Convenio de 29 de mayo de 2000 sobre asistencia judicial en materia penal. En segundo lugar, debido a que los supuestos de los artículos 22 y 23 de la DOEI sobre traslado temporal de personas ya detenidas requieren que la finalidad sea llevar a cabo una medida de investigación en el Estado de emisión, por lo cual no resultan pertinentes en el presente supuesto. Y, por último, dado que la obligación de constituir fianza tampoco es una medida de investigación en el sentido de la DOEI (apartados 37-40).

16. Cuestión distinta es la resolución judicial mediante la cual una autoridad judicial del Estado de emisión solicita a la del Estado de ejecución que permita a una persona formular alegaciones sobre los hechos descritos en su auto de procesamiento. Sobre este particular, declara el TJUE que sí constituye una OEI en el sentido de la Directiva, pero siempre y cuando la solicitud de declaración tenga por objeto la obtención de pruebas; y es que, como se desprende de los artículos 10.2 c) y 24.1.II de la DOEI, la declaración de un investigado o acusado es una de las medidas de investigación contempladas en la DOEI (apartado 41). Por tanto, si las autoridades nacionales españolas, en su solicitud, hubiesen indicado que la finalidad de la declaración del procesado era la obtención de pruebas, y que, en virtud de su derecho nacional, la misma solo podría tener lugar tras la notificación del auto de procesamiento, se entendería que nos encontramos ante una OEI, puesto que la autoridad de ejecución, en base al artículo 9.2 de la DOEI, en principio, está obligada a observar las formalidades y procedimientos indicados por la autoridad de emisión (apartado 44). Sin embargo, debería excluirse la orden de prisión provisional y la constitución de fianza contenida en el auto, por los motivos ya expuestos, encontrándonos, por tanto, ante un supuesto de ejecución parcial, si ambas autoridades estuviesen de acuerdo en virtud del artículo 9.6 de la DOEI (apartados 46 y 48).

17. En definitiva, la solicitud de declaración se considera una medida de investigación a los efectos de la DOEI, pero siempre y cuando esté dirigida a la obtención de pruebas; para lo cual se entiende que la autoridad de emisión debería especificarlo expresamente en su formulario de emisión.

2. Autoridades competentes para la emisión

18. La DOEI opta también por un sistema amplio en cuanto a autoridades de emisión, ya que no solo están habilitadas las autoridades judiciales. Esto resulta lógico si se considera la diversidad de ordenamientos internos de los distintos Estados miembros, de manera que se pueda dar cumplimiento a las exigencias de cada uno de ellos¹⁴. En este sentido, según el artículo 2 c) de la DOEI, la OEI puede ser emitida tanto por un juez, un órgano jurisdiccional, un juez de instrucción o fiscal competente en el

¹⁴ Cfr. L. BACHMAIER WINTER, “Prueba transnacional penal en Europa: la Directiva 2014/41 relativa a la orden europea de investigación”, cit., pp. 7-8; y E. MARTÍNEZ GARCÍA, *La orden europea de investigación (...)*, cit., p. 54.

asunto de que se trate, como por cualquier otra autoridad competente que no sea propiamente judicial, según la defina el Estado de emisión. En este último caso, dicha autoridad debe actuar en calidad de autoridad de investigación en procesos penales y tener competencia para ordenar la obtención de pruebas con arreglo al Derecho nacional.

19. Ahora bien, en el segundo de los supuestos indicados, se requiere una validación previa, es decir, antes de que se emita la OEI, por parte de una autoridad judicial del Estado de emisión –que incluye al fiscal–, siempre y cuando la OEI cumpla los requisitos recogidos en el artículo 6.1 de la DOEI (necesidad, proporcionalidad y legalidad)¹⁵. Por tanto, la OEI puede ser también emitida por autoridades policiales o administrativas, ya que en los ordenamientos de algunos Estados miembros dichas autoridades tienen la competencia en materia de investigación en el proceso penal.

20. Este no es, por ejemplo, el caso del ordenamiento español, en el cual no se permite la emisión de la OEI por autoridades distintas a las judiciales, de ahí que no se prevea ningún mecanismo de validación como el regulado en la DOEI. En concreto, en virtud del artículo 187.1 de la *Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*¹⁶ (en adelante, LRM), solo se consideran autoridades de emisión los jueces y fiscales, atendiendo cada uno a sus respectivas competencias. Además, aunque los fiscales aparezcan como autoridades de emisión en los procesos que dirijan, dispone la LRM que solo podrán emitir una OEI si la medida que contenga no es limitativa de derechos fundamentales, ni es una medida coercitiva¹⁷.

21. Asimismo, y al hilo de las autoridades de emisión, cabe poner de manifiesto el contenido del artículo 4 de la DOEI, el cual determina para qué tipo de procedimientos puede emitirse una OEI. En este sentido, no sólo se extiende a procedimientos penales incoados por una autoridad judicial, sino también a procedimientos incoados por autoridades judiciales o administrativas por hechos tipificados en el Derecho interno del Estado de emisión por infracciones de disposiciones legales que den lugar a un procedimiento ante tribunales penales. Supuestos estos últimos no exentos de problemas en la práctica, especialmente, en los ordenamientos de aquellos países en los que estén más delimitados los ámbitos administrativo y penal. No obstante, en estos supuestos resulta de aplicación el motivo de denegación del reconocimiento y ejecución de una OEI en el Estado de ejecución, previsto en el artículo 11.1 c) de la DOEI. En virtud del mismo, la OEI puede ser denegada si ha sido emitida para este tipo de procedimientos y la medida de investigación no esté autorizada, conforme al Derecho del Estado de ejecución, para un caso interno similar¹⁸.

22. De manera específica, y por lo que respecta al ordenamiento español, en relación con la emisión de una OEI en procesos inicialmente no penales pero que culminen en un proceso penal, cabe poner de manifiesto el artículo 186.2 de la LRM, en virtud del cual “*La orden europea de investigación podrá referirse a procedimientos incoados por las autoridades competentes de otros Estados miembros*”.

¹⁵ A esta necesidad de validación también se refiere el considerando 11 de la DOEI cuando indica que “*debe optarse por la OEI cuando la ejecución de una medida de investigación se considere proporcionada, adecuada y aplicable al caso concreto. La autoridad de emisión debe asegurarse, por consiguiente, de que la prueba buscada sea necesaria y proporcionada para el procedimiento, de que la medida de investigación escogida sea necesaria y proporcionada para obtener la prueba en cuestión, y de si procede implicar a otro Estado miembro en la obtención de dicha prueba por medio de la emisión de una OEI. La misma evaluación debe llevarse a cabo en el procedimiento de validación, cuando se requiera la validación de una OEI con arreglo a la presente Directiva*”.

¹⁶ DOUE n° 282, de 21 de noviembre de 2014.

La DOEI fue transpuesta al ordenamiento español mediante la *Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación* (BOE n° 142, de 12 de junio de 2018).

¹⁷ Al respecto, téngase en cuenta la *Circular 2/2022, de 20 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre la actividad extraprocésal del Ministerio Fiscal en el ámbito de la investigación penal* (BOE, n° 1, de 2 de enero de 2023).

¹⁸ En el mismo sentido, M^a. I. ROMERO PRADAS, “La prueba penal en Europa, una cuestión compleja. La orden europea de investigación como instrumento de obtención de pruebas en procesos penales transnacionales y su próxima incorporación al Derecho español”, en M^a. I. GONZÁLEZ CANO (dir.), *Integración europea y justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 376.

de la Unión Europea, tanto administrativas como judiciales, por la comisión de hechos tipificados como infracciones administrativas en su ordenamiento, cuando la decisión pueda dar lugar a un proceso ante un órgano jurisdiccional, en particular en el orden penal”. De manera que, teniendo en cuenta que en nuestro ordenamiento se encuentran claramente delimitados el ámbito administrativo y el penal, parece que este artículo podría referirse a aquellos casos en los que la emisión de la OEI se realiza por un Estado miembro distinto al nuestro, es decir, cuando España es el Estado de ejecución. Conclusión a la que, además, se llegaría si ponemos en relación el artículo 186.2 de la LRM con el ya mencionado artículo 187.1, del cual se desprende que nuestras autoridades competentes sólo emitirán una OEI en procedimientos penales¹⁹.

23. Pues bien, teniendo en cuenta las especialidades propias de cada ordenamiento, no tardaron en sucederse distintas cuestiones prejudiciales en cuanto a la autoridad competente para la emisión de una OEI, respecto de las cuales se ha ido pronunciando el TJUE. Así, son seis las sentencias a las que queremos referirnos.

24. En primer lugar, a la STJUE de 8 de diciembre de 2020²⁰, que resolvió la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Regional de lo Penal de Viena, en relación con la posible falta de independencia de la Fiscalía alemana de Hamburgo. En este caso, tras la emisión por la Fiscalía de Hamburgo de una OEI para que la Fiscalía de Viena le transmitiese copia de determinados extractos de una cuenta bancaria domiciliada en Austria, ésta última solicitó al Tribunal Regional de Viena la autorización de dicha medida, ya que en su ordenamiento no puede ordenarse sin autorización judicial. Esto llevó al tribunal penal austriaco a cuestionarse si la Fiscalía de Hamburgo, al estar sujeta directa o indirectamente a órdenes o instrucciones individuales del poder ejecutivo a la hora de emitir una OEI, tendría cabida tanto dentro del concepto de “autoridad judicial” contemplado en el artículo 1.1 de la DOEI, como del de “fiscal” del artículo 2, c), i) en cuanto a autoridad de emisión. Ante ello, el TJUE se pronunció en sentido positivo, declarando que los mencionados preceptos de la DOEI “*deben interpretarse en el sentido de que los conceptos de «autoridad judicial» y de «autoridad de emisión» comprenden, a efectos de estas disposiciones, al fiscal de un Estado miembro o, de manera más general a la fiscalía de un Estado miembro, con independencia de la relación de subordinación jurídica que pueda existir entre ese fiscal o esa fiscalía y el Poder Ejecutivo de ese Estado miembro, y de la exposición de dicho fiscal o de dicha fiscalía al riesgo de estar sujetos, directa o indirectamente, a órdenes o instrucciones individuales de ese poder en el marco de la adopción de una orden europea de investigación*”²¹.

¹⁹ Cfr., P. GRANDE SEARA, “Reconocimiento y ejecución en España de una Orden Europea de Investigación”, en M^a I. GONZÁLEZ CANO (dir.), *Integración europea y justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 438; y M. LÓPEZ JARA, “Transposición al Ordenamiento Español de la Orden Europea de Investigación en materia penal: el procedimiento para su emisión. Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regula la Orden Europea de Investigación”, *Diario La Ley*, n^o 9252, 2018, apartado II, 2, A), c).

Por su parte DE HOYOS SANCHO, ha puesto de manifiesto las dificultades prácticas que la recepción de OEI, en relación con infracciones administrativas, ha generado en nuestro ordenamiento por el derecho de medios personales y materiales [M. DE HOYOS SANCHO, “Algunas dificultades en la aplicación práctica de la orden europea de investigación”, en V. MORENO CATENA y M^a I. ROMERO PRADAS (dirs.), *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro homenaje a la Prof^a. M^a Isabel González Cano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 517-518].

²⁰ STJUE de 8 de diciembre de 2020, asunto C-584/19, *A. y otros contra Staatsanwaltschaft Wien* (ECLI:EU:C:2020:1002).

²¹ Según MARTÍNEZ SANTOS, aunque el TJUE no lo diga expresamente, de la argumentación que da en la referida sentencia, “se desprende implícitamente que, si la autoridad de ejecución apreciase que la falta de independencia del fiscal que emitió la OEI ha tenido un peso tal en la decisión de librarla, que la orden se ha visto «contaminada» hasta el extremo de no poder ser cumplida sin desatender las obligaciones a las que se refiere la letra f) del art. 11.1 de la Directiva 2014/417UE, dicha autoridad podría ampararse en esta norma para denegar el reconocimiento o la ejecución del instrumento, previa realización de la consulta a la que se refiere el art. 11.4 de la Directiva” (A. MARTÍNEZ SANTOS, “¿Emisión de órdenes europeas de investigación por el Ministerio Fiscal español? Consideraciones sobre la compatibilidad del art. 13.4 de la Ley de reconocimiento mutuo con el Derecho de la Unión a la luz de las sentencias del TJUE en los asuntos Gavanozov I y II”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 57, 2022, p. 289).

25. Continuando con el papel del fiscal, la STJUE de 16 de diciembre de 2021²² se pronunció sobre las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Penal Especial de Bulgaria en relación con la emisión de cuatro OEI por el Ministerio Fiscal Búlgaro a distintos países, en materia de transmisión de datos de tráfico y localización de las telecomunicaciones. Medidas que además, en un caso interno similar, tienen que ser ordenadas por un juez. A raíz de ello, se plantearon dos cuestiones: en primer lugar, si el Ministerio Fiscal de un Estado miembro es competente para emitir una OEI que incluya la medida mencionada cuando en su ordenamiento dicha prueba solo pueda ser autorizada por un juez; en segundo lugar, si el reconocimiento de la OEI por parte de la autoridad de ejecución competente puede sustituir la necesidad de autorización judicial en el Estado de emisión. En ambos casos, el TJUE se pronuncia en sentido negativo²³.

26. De igual manera, y en cuanto al fiscal como autoridad de emisión, podemos referirnos a la STJUE de 30 de abril de 2024²⁴, que da respuesta a varias cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Berlín en relación con el denominado caso EncroChat. Antes de centrarnos en la primera de las cuestiones prejudiciales planteadas, relativa a la autoridad de emisión, es conveniente dejar constancia del litigio principal, ya que esta sentencia va a ser objeto de análisis en distintos apartados del presente trabajo. En concreto, el caso versa sobre una investigación llevada a cabo por las autoridades francesas, en virtud de la cual se descubrió que algunos investigados utilizaban teléfonos móviles encriptados bajo una licencia denominada “EncroChat” para cometer delitos, principalmente relacionados con el tráfico de estupefacientes. Dicha licencia permitía la comunicación encriptada de extremo a extremo a través de un servidor ubicado en Francia, y no podía ser intervenida mediante métodos convencionales de investigación. Con autorización judicial y en el marco de un equipo conjunto de investigación, la policía francesa, con la asistencia de expertos neerlandeses, desarrolló un software para infiltrarse en el servidor de EncroChat. Posteriormente, en una reunión de coordinación organizada por Eurojust, las autoridades francesas y neerlandesas informaron a las autoridades de otros Estados miembros sobre la investigación, y las autoridades alemanas manifestaron su interés por los datos de los usuarios alemanes. En marzo de 2020, la Fiscalía General de Fráncfort (Alemania) abrió una investigación contra los usuarios no identificados del servidor EncroChat por presunto tráfico organizado de estupefacientes y asociación ilícita. Y, a través de la aplicación de Europol “SIENA”, el equipo conjunto de investigación envió un mensaje a las autoridades policiales de los Estados miembros interesadas en los datos del servicio. Por su parte, la Policía Judicial Federal de Alemania confirmó, tal y como se pedía, que había sido informada de los métodos utilizados para la obtención de dichos datos y que estos solo se utilizarían para investigaciones en curso, previa autorización de los Estados miembros del equipo conjunto de investigación. En junio de 2020, la Fiscalía General de Fráncfort emitió una OEI a las autoridades francesas solicitando autorización para utilizar sin restricciones los datos extraídos del servidor en procedimientos penales, y las autoridades francesas autorizaron la transmisión y uso de los datos. De manera similar, en septiembre de 2020 y en julio de 2021 se transmitieron más datos con base en otras dos OEI. En este contexto, tras la división de los procedimientos penales contra todos los usua-

²² STJUE de 16 de diciembre de 2021, asunto C-724/19, *HP contra Spetsializirana prokuratura* (ECLI:EU:C:2021:1020).

²³ En este sentido, el TJUE declara lo siguiente: “1) El artículo 2, letra c), inciso i), de la Directiva 2014/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un fiscal sea competente para emitir, en la fase preliminar de un procedimiento penal, una orden europea de investigación, en el sentido de dicha Directiva, que tenga por objeto obtener datos de tráfico y de localización en relación con las telecomunicaciones, cuando, en un caso interno similar, la adopción de una medida de investigación destinada a acceder a tales datos es competencia exclusiva del juez. 2) El artículo 6 y el artículo 9, apartados 1 y 3, de la Directiva 2014/41 deben interpretarse en el sentido de que el reconocimiento por la autoridad de ejecución de una orden europea de investigación emitida para obtener datos de tráfico y de localización en relación con las telecomunicaciones no puede sustituir a las exigencias aplicables en el Estado de emisión, cuando esa orden ha sido emitida indebidamente por un fiscal, mientras que, en un caso interno similar, la adopción de una medida de investigación destinada a obtener tales datos es competencia exclusiva del juez”.

²⁴ STJUE de 30 de abril de 2024, asunto C-670/22, *M.N* (ECLI:EU:C:2024:372).

Un comentario sobre esta sentencia, analizando las distintas cuestiones prejudiciales planteadas, puede verse en J. L. RODRÍGUEZ LAÍNZ, “Encrochat y las claves de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2024”, *Diario La Ley*, nº 10526, 2024.

rios desconocidos y la reasignación de las investigaciones contra ciertos usuarios, el Tribunal Regional de lo Civil y lo Penal de Berlín, ante el cual se inició el proceso penal contra uno de ellos, planteó la legalidad de las OEI emitidas y presentó varias cuestiones prejudiciales ante el TJUE.

27. Pues bien, la primera de las cuestiones planteadas versa sobre la obtención de pruebas que ya obren en poder de las autoridades competentes en el Estado de ejecución, cuando dichas pruebas hayan sido obtenidas a raíz de la intervención de esas autoridades en el territorio del Estado de emisión. Y ello, a los efectos de determinar qué autoridad del Estado de emisión puede emitir la OEI en estos casos, especialmente si, en virtud de su Derecho interno, la recogida inicial de esas pruebas debería haber sido ordenada por un juez. Siguiendo pronunciamientos anteriores, el TJUE señala que los fiscales se consideran autoridades judiciales a los efectos del artículo 2 c) i) de la DOEI y, por tanto, autoridades de emisión. Por ello, mantiene que si, en virtud del Derecho del Estado de emisión, un fiscal es competente, en una situación puramente interna de dicho Estado, para ordenar una medida de investigación como la indicada, se considerará igualmente autoridad de emisión. Cuestión distinta es que, en virtud del derecho de su Estado, el fiscal no fuese competente para ordenar la transmisión de dicha medida (apartados 73-75). Así, el TJUE concluye que los artículos 1.1 y 2 c) de la DOEI deben interpretarse en el sentido de que una OEI *“para la transmisión de pruebas que ya obren en poder de las autoridades competentes del Estado de ejecución no debe necesariamente ser adoptada por un juez cuando, en virtud del Derecho del Estado de emisión, en un procedimiento puramente interno de ese Estado, la recogida inicial de esas pruebas debería haber sido ordenada por un juez, pero un fiscal es competente para ordenar la transmisión de dichas pruebas”*.

28. Al respecto, y por lo que al ordenamiento español se refiere, podemos poner de manifiesto la STS 4526/2025, de 16 de octubre²⁵, que, tomando como base la STJUE de 30 de abril de 2024, avala el uso de pruebas obtenidas mediante el sistema EncroChat, interceptadas por decisión judicial en Francia. En este sentido, confirma la sentencia de la Audiencia Nacional que condenó a ocho personas por delito de tráfico de drogas en el seno de una organización criminal, en una investigación en la que se incorporaron como pruebas comunicaciones del sistema EncroChat. En cuanto a la autoridad de emisión, la sentencia del TS señala que no existe irregularidad en que el Ministerio Fiscal español recabe, a través de una OEI, los datos obtenidos de esta manera. Esto se debe a que el fiscal puede ordenar la transmisión de pruebas obtenidas en un procedimiento distinto, tal y como se recoge en el artículo 588 bis i) de la LECrim, que remite, a su vez, al artículo 579 bis. Asimismo, el Ministerio Fiscal está facultado para solicitar o aportar información probatoria de un procedimiento a otro (art. 773.2 LECrim y arts. 4.3 y 5.2 EOMF). Y, en todo caso, a través de la OEI emitida por el fiscal no se solicitó una intervención de comunicación, lo cual le estaría vedado, sino únicamente la entrega de un soporte digital que contiene las comunicaciones obtenidas por una intervención ya acordada por un tribunal, que no requiere autorización judicial (Fundamento de Derecho segundo, apartado 2.1.1).

29. Centrándonos ahora en las autoridades administrativas como autoridades de emisión, cabe referirse en primer lugar a la STJUE de 2 de septiembre de 2021²⁶. En este caso, el Servicio alemán para los delitos en materia tributaria de Münster, es decir, una autoridad administrativa, emitió una OEI a la Fiscalía de Trento solicitando el registro de unos locales comerciales en el marco de una investigación por evasión fiscal relativa al impuesto sobre la renta, de acuerdo con la Ley General Tributaria alemana. Sin embargo, dicha OEI no había sido validada por una autoridad judicial en el Estado de emisión, tal y como exige el artículo 2, c), ii) de la DOEI. Ante ello, la Fiscalía de Trento decidió plantear la cuestión para determinar si una autoridad administrativa alemana podría transmitir una OEI sin validación judicial, al estar habilitada por el derecho interno para, ejercitar los derechos y responsabilidades del Ministerio Fiscal respecto de ciertos delitos y, por tanto, poder emitir una OEI. No obstante, el TJUE no se pronunció sobre la cuestión de fondo, ya que inadmitió la petición de decisión prejudicial planteada

²⁵ ECLI:ES:TS:2025:4526.

²⁶ STJUE de 2 de septiembre de 2021, asunto C-66/20, *XK contra Finanzamt für Steuerstrafsachen und Steuerfahndung Münster* (ECLI:EU:C:2021:670).

por la Fiscalía de Trento. El Tribunal entendió que, cuando una Fiscalía actúa como autoridad de ejecución a efectos de la emisión de una OEI, no actúa en el marco de un procedimiento que concluya con una decisión de carácter jurisdiccional, en el sentido del artículo 267 del TFUE. Por su parte, el Abogado General, en sus conclusiones presentadas el 11 de marzo de 2021, sí se pronunció sobre la cuestión de fondo, sugiriendo al TJUE que respondiese a la Fiscalía de Trento en sentido negativo, en los siguientes términos: *“El artículo 2, letra c), inciso ii), de la Directiva 2014/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal, debe interpretarse en el sentido de que no permite a un Estado miembro eximir a las autoridades administrativas nacionales competentes en materia tributaria, incluso cuando estén facultadas para llevar a cabo la instrucción de determinados procesos penales, de la obligación de requerir, antes de la transmisión de una orden europea de investigación a la autoridad de ejecución, su validación por un juez, un órgano jurisdiccional, un fiscal o un juez de instrucción del Estado de emisión”*²⁷.

30. En su sentencia de 2 de marzo de 2023²⁸, el TJUE se pronunció finalmente sobre las autoridades administrativas como autoridades de emisión de una OEI. En este caso, la Oficina Tributaria para delitos fiscales de Düsseldorf emitió una OEI a la Fiscalía de Graz (Austria) en el marco de una investigación por fraude fiscal, solicitando la documentación de dos cuentas bancarias a un banco. En el formulario constaba que la OEI se emitía por una autoridad judicial (sección k), motivo por el cual no se cumplimentó la sección L relativa a los datos de la autoridad judicial que hubiese validado la OEI. Por su parte, el Tribunal Regional de lo Penal de Graz autorizó la ejecución de la OEI a instancias de la Fiscalía de Graz, pero la resolución fue recurrida ante el Tribunal Superior Regional de Graz, alegándose que la Oficina Tributaria para los delitos fiscales de Düsseldorf no era ni una autoridad judicial, ni una autoridad de emisión en el sentido de la DOEI, por lo que no podía ser competente para emitir una OEI. Ante ello, el mencionado Tribunal planteó cuestión prejudicial para determinar si la Administración tributaria, facultada en virtud del Derecho alemán para asumir los derechos y obligaciones del Ministerio Fiscal respecto de determinadas infracciones penales, podía asimilarse a una autoridad judicial y a una autoridad de emisión conforme a los artículos 1.1.I y 2 c) i) de la DOEI. Finalmente, el TJUE concluyó que, aunque la Administración tributaria de un Estado miembro no puede calificarse como autoridad judicial ni como autoridad de emisión en el sentido de dichos preceptos, sí puede estar comprendida en el concepto de autoridad de emisión del artículo 2 c) ii) de la DOEI, pero únicamente cuando la OEI se emita dando cumplimiento a los requisitos de emisión del artículo 6.1 de la DOEI y sea validada, antes de su emisión a la autoridad de ejecución, por una autoridad judicial del Estado de emisión (incluido el fiscal).

31. Nuevamente, el TJUE se pronunció en su sentencia de 10 de julio de 2025²⁹ sobre las autoridades administrativas como autoridades de emisión. Señaló que, conforme al artículo 2 c) ii) de la DOEI, estas autoridades pueden calificarse como autoridades de emisión si actúan en calidad de autoridad de investigación en procesos penales, según las defina el Estado de emisión, aunque sus medidas de investigación impliquen una injerencia en los derechos fundamentales del interesado. Sin embargo, dichas medidas deben ser previamente autorizadas por una autoridad judicial con arreglo al Derecho nacional. En el caso concreto, la KNAB, una autoridad administrativa letona, en el curso de una investigación por fraude a gran escala, dilapidación ilícita de bienes ajenos, falsificación de documentos y utilización de documentos falsos, emitió una OEI para registrar los locales comerciales de dos empresas en Berlín. Para ello, solicitó al Tribunal de Primera Instancia de Riga que autorizase la medida según su derecho nacional, obteniendo respuesta favorable. Asimismo, en la misma OEI se solicitaba a las autoridades alemanas el interrogatorio de dos testigos, medida que fue además validada por la Fiscalía General de la República de Letonia. Tras la orden de registro en el Estado de ejecución, una de las empresas interpuso recurso, tomando como base la STJUE de 16 de diciembre de 2021 ya analizada, alegando que la KNAB

²⁷ Conclusiones del Abogado General M. Campos Sánchez-Bordona, presentadas el 11 de marzo de 2021 (ECLI:EU:C:2021:200).

²⁸ STJUE de 2 de marzo de 2023, asunto C-16/22, *MS contra Staatsanwaltschaft Graz, Finanzamt für Steuerstrafsachen und Steuerfahndung Düsseldorf* (ECLI: EU:C: 2023:148).

²⁹ STJUE de 10 de julio de 2025, asunto C-635/23, *WBS GmbH contra Generalstaatsanwaltschaft Berlin* (ECLI:EU:C:2025:546).

no tenía competencia para emitir dicha OEI, ya que la medida relativa al registro de los locales debía ser ordenada por un juez de instrucción según el derecho letón. Ante ello, el Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Berlín planteó cuestión prejudicial al TJUE.

32. Para resolver la cuestión, entre los argumentos aducidos por el TJUE podríamos destacar los siguientes. En primer lugar, la situación controvertida en el litigio principal es distinta a la que dio lugar a la STJUE de 16 de diciembre de 2021, la cual versaba sobre la interpretación del artículo 2 c) i) de la DOEI, y no sobre su inciso ii). Además, la discusión se centraba en un fiscal que había emitido, en la fase preliminar del procedimiento penal, una OEI cuya adopción, en un caso similar interno, era competencia exclusiva del juez (apartados 54-55). En segundo lugar, en el presente caso, de las medidas contempladas en la OEI las relativas al interrogatorio de testigos pueden ser ordenadas directamente por la KNAB, sin necesidad de autorización judicial previa, mientras que las medidas de registro de locales comerciales, al conllevar injerencia en los derechos fundamentales del interesado, fueron autorizadas por un juez de instrucción con arreglo al Derecho letón (apartado 38). OEI que, en todo caso, fue validada por la Fiscalía General de la República de Letonia, conforme a las exigencias del artículo 2 c) ii) de la DOEI (apartado 45). Por último, y en virtud del precepto indicado, si la autoridad competente, según la defina el Estado de emisión, contempla varias medidas de investigación en un mismo proceso penal, y algunas de ellas requieren ser autorizadas por un juez de instrucción, pero otras no, dicha autoridad, en su condición de autoridad de emisión, podrá emitir una única OEI para todas las medidas de investigación citadas (apartados 62-63).

33. En definitiva, de los pronunciamientos del TJUE analizados podríamos extraer las siguientes conclusiones. Por un lado, y en cuanto a la figura del fiscal como autoridad de emisión, la fiscalía de un Estado miembro, independientemente de su dependencia al poder ejecutivo, se entiende como autoridad judicial a los efectos de emisión de una OEI. Ahora bien, si la finalidad de la OEI es obtener datos de tráfico y de localización de las telecomunicaciones, el fiscal no puede emitirla si la adopción de dicha medida es competencia exclusiva del juez. De igual manera, el hecho de que dicha medida haya sido validada por la autoridad de ejecución, a pesar de haber sido emitida indebidamente por un fiscal, no exime la necesidad de autorización judicial en el Estado de emisión. Además, en lo que respecta a la emisión de una OEI para la transmisión de pruebas que ya obren en poder de las autoridades competentes del Estado de ejecución, si, en virtud del Derecho del Estado de emisión, un fiscal es competente, en una situación puramente interna de dicho Estado, para ordenar una medida de investigación a los efectos indicados, se considerará autoridad de emisión. Por otro lado, y en relación con las autoridades administrativas, estas no pueden calificarse ni de autoridades judiciales ni de autoridades de emisión en los términos de los artículos 1.1.I y 2 c) i) de la DOEI, en cambio, sí están comprendidas en el concepto de autoridades de emisión de su artículo 2 c) ii). Esto será así cuando, actuando en calidad de autoridad de investigación en procesos penales y teniendo competencia para ordenar la obtención de pruebas con arreglo al Derecho nacional, la OEI sea validada, antes de su transmisión a la autoridad de ejecución, por una autoridad judicial (incluido el fiscal). Lo mismo sucede en aquellos supuestos en los que las medidas de investigación supongan una injerencia en los derechos fundamentales del interesado, permitiéndose, además, que, si se cumplen los requisitos de la DOEI, pueda emitirse una única OEI con distintas medidas de investigación cuando unas requieran autorización del juez y otras no.

3. Requisitos de emisión

34. Para que pueda emitirse una OEI es necesario que la autoridad de emisión compruebe previamente que concurren los tres presupuestos contemplados en el artículo 6.1 de la DOEI: necesidad, proporcionalidad y legalidad. En concreto, los presupuestos de necesidad y proporcionalidad se recogen en su letra a), mientras que el de legalidad en su letra b)³⁰. Literalmente, dicho precepto establece lo

³⁰ El considerando 11 de la DOEI también se refiere a estos requisitos al señalar que, “*debe optarse por la OEI cuando*

siguiente: “La autoridad de emisión únicamente podrá emitir una OEI cuando: a) la emisión de la OEI sea necesaria y proporcionada a los fines de los procedimientos a que se refiere el artículo 4 teniendo en cuenta los derechos del sospechoso o acusado, y b) la medida o medidas de investigación requeridas en la OEI podrían haberse dictado en las mismas condiciones para un caso similar interno”.

35. Los principios de necesidad y proporcionalidad están vinculados estrechamente entre sí, ya que la primera de las exigencias que conlleva el principio de proporcionalidad es que la medida tiene que ser necesaria para conseguir el objetivo previsto, es decir, “que la medida cuya práctica se solicita en el Estado de ejecución sea indispensable a los fines de la investigación que se desarrolla en el de emisión e idónea para obtener mediante su ejecución los datos o pruebas necesarios”³¹. Ahora bien, aunque la DOEI se refiere expresamente en su articulado al requisito de la proporcionalidad, no determina qué debe entenderse por tal. No obstante, se entienden como extremos que habría que tener en cuenta para realizar dicha valoración, “la gravedad del delito, la necesidad de la prueba para la investigación y enjuiciamiento del mismo, la inexistencia de otra medida menos lesiva para alcanzar el mismo fin, las consecuencias de la adopción de la medida para el o los sujetos afectados, y por último si la medida es proporcionada a los fines del proceso”. Asimismo, cabría añadir, “el coste de la ejecución de la medida en relación con el fin del proceso”³².

36. En cuanto al requisito de legalidad, se deduce del tenor del artículo 6 b), ya que para que la medida requerida se pueda dictar en las mismas condiciones que para un caso similar interno tiene que estar expresamente prevista en el ordenamiento interno. En definitiva, con el presente requisito lo que se pretende evitar es lo que se conoce como “forum shopping probatorio”, es decir, “que se recabe fuera del Estado que conoce del procedimiento lo que no podría obtenerse dentro de sus fronteras porque la medida no podría haberse acordado en un caso similar interno”³³.

37. La autoridad encargada de evaluar si estos presupuestos concurren es la autoridad de emisión (art. 6.2 DOEI). Entiéndase autoridad judicial, tanto antes de emitir como de validar una OEI, en este último caso, para aquellos supuestos en los que la OEI sea emitida por otra autoridad competente designada por el Estado miembro en cuestión (art. 6.2 y considerando 11 DOEI). Y es que, como indica el propio considerando 10 de la DOEI, la autoridad de emisión es la que mejor puede decidir a qué medida de investigación ha de recurrirse en función de los detalles de la investigación de los que tenga conocimiento. Por ello, llama la atención el hecho de que el artículo 6.3 de la DOEI conceda a la autoridad de ejecución la posibilidad de consultar a la autoridad de emisión sobre la importancia de la ejecución de una OEI si entiende que no se han cumplido estos requisitos mínimos, pudiendo la autoridad de emisión, tras la consulta, decidir si retira o no la OEI.

38. Doctrinalmente, este precepto –artículo 6.3 DOEI– ha generado distintas posturas. Así, hay quienes entienden que el trámite de consultas parece previsto para aquellos casos en los que el Estado de ejecución considere que los costes de la ejecución de la medida son desproporcionados. Aunque, tal

la ejecución de una medida de investigación se considere proporcionada, adecuada y aplicable al caso concreto”. Y en este sentido, la autoridad de emisión tiene que asegurarse “de que la prueba buscada sea necesaria y proporcionada para el procedimiento, de que la medida de investigación escogida sea necesaria y proporcionada para obtener la prueba en cuestión, y de si procede implicar a otro Estado miembro en la obtención de dicha prueba por medio de la emisión de una OEI”.

³¹ C. ARANGÜENA FANEGO, “Orden Europea de Investigación (...)”, cit., p. 922.

³² L. BACHMAIER WINTER, “Prueba transnacional penal en Europa: la Directiva 2014/41 relativa a la orden europea de investigación”, cit., pp. 16-17.

Por su parte, ARANGÜENA FANEGO considera que en relación con el test de proporcionalidad sería conveniente explorar también las posibilidades de auxilio formal antes de recurrir a la emisión de una OEI, “puesto que en muchos casos la autoridad requerida podría dar una respuesta puntual y eficaz a una solicitud planteada de este modo, especialmente cuando se trata de informaciones «rutinarias» y que no precisan de medidas coercitivas en el Estado requerido sin que haya razón alguna para que sean excluidas como material probatorio en el Estado requirente” [C. ARANGÜENA FANEGO, “Orden Europea de Investigación (...)”, cit., p. 923].

³³ C. RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, *Obtención y admisibilidad en España de la prueba penal transfronteriza (...)*, cit., pp. 376-377.

y como está redactado el artículo, es posible que pueda cuestionarse alguna otra valoración del principio de proporcionalidad. Pero es llamativo que tras la consulta no se prevea contestación alguna o aclaración, o la facilitación de información adicional³⁴. Por otro lado, está quien considera que la posibilidad de consulta del artículo 6.3 de la DOEI sirve para que la autoridad de ejecución ponga de manifiesto que es posible que acuda a una medida distinta o, en su caso, que deniegue el reconocimiento. Así, la autoridad de emisión puede decidir retirar la OEI si no le conviene una medida distinta, bien porque lo que se obtenga de esa manera no sea admisible en su ordenamiento, bien porque entienda que se va a perjudicar la investigación. En todo caso, esta consulta sería distinta al trámite contemplado en el artículo 10.4 de la DOEI, consistente en que la autoridad de emisión, tras haber sido informada por la autoridad de ejecución del recurso a una medida de investigación distinta a la prevista en la OEI, puede decidir retirar o completar la OEI³⁵.

39. Nuestro legislador no especifica qué autoridad tiene que evaluar los requisitos del artículo 6 de la DOEI, contemplados en el artículo 189 de la LRM, aunque en base al artículo 187.1 de la citada Ley, debe entenderse que serán los jueces que conozcan del proceso penal en que se deba adoptar la medida de investigación o que hayan admitido la prueba si el procedimiento se encuentra en fase de enjuiciamiento, así como los fiscales en los procedimientos que dirijan, pero éstos sólo cuando la medida que contenga la OEI no sea limitativa de derechos fundamentales. De igual manera, tampoco se contempla la posibilidad de consulta que el artículo 6.3 de la DOEI concede a la autoridad de ejecución, para el caso de que entienda que no se han cumplido los requisitos mínimos de la emisión de la OEI. Lo cual puede ser debido a la falta de claridad con la que dicho precepto aparece redactado en la DOEI. En cualquier caso, las autoridades de emisión españolas tendrán que tener en cuenta que la autoridad de ejecución dispone de dicha facultad de consulta³⁶.

40. Pues bien, al hilo de los requisitos exigidos para la emisión de una OEI, ya se ha pronunciado el TJUE en su sentencia de 30 de abril de 2024, en el denominado caso EncroChat, a la que nos hemos referido al abordar la autoridad competente para la emisión de una OEI. Por lo que concierne a este apartado, vamos a centrarnos en las cuestiones segunda y tercera, ya que son las que versan sobre la interpretación de los requisitos de fondo del artículo 6 de la DOEI en la emisión de una OEI por el fiscal, como sucede en el presente caso. Es decir, una OEI que tenga por objeto la transmisión de pruebas que ya obren en poder de las autoridades competentes del Estado de ejecución, cuando esas pruebas hayan sido obtenidas a raíz de la intervención de esas autoridades en el territorio del Estado de emisión, de telecomunicaciones de la totalidad de los usuarios de teléfonos móviles que permiten una comunicación cifrada de extremo a extremo, mediante un software especial y un material modificado.

41. Al respecto, y en relación con los requisitos de necesidad y proporcionalidad del artículo 6.1 a) de la DOEI, lo que plantea el Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Berlín es el hecho de que cuando se ordenó y emitió la OEI no había indicios concretos de la comisión de delitos graves por parte de los usuarios individuales del servicio de comunicaciones, y que la integridad de los datos recogidos no pudo ser verificada por razones de confidencialidad por parte de las autoridades de ejecución. Mientras que, en relación con el requisito de legalidad del artículo 6.1 b) de la DOEI, se cuestiona si es posible la transmisión de los datos que ya existen en el Estado de ejecución (Francia), cuando en un caso interno similar la medida de intervención hubiese sido inadmisibles con arreglo al Derecho del Estado de emisión (Alemania). De igual manera, se cuestiona el requisito de legalidad siempre que el Estado de ejecución lleve a cabo la intervención en el territorio de emisión y en interés de este último.

³⁴ Esta cuestión puede verse en profundidad en L. BACHMAIER WINTER, “Prueba transnacional penal en Europa: la Directiva 2014/41 relativa a la orden europea de investigación”, cit., pp. 18-19.

³⁵ En este sentido, C. RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, *Obtención y admisibilidad en España de la prueba penal transfronteriza (...)*, cit., p. 380.

³⁶ Cfr. L. DOMÍNGUEZ RUIZ, *La orden europea de investigación. Análisis legal y aplicaciones prácticas*, cit., p. 86.

42. En cuanto al apartado a) del artículo 6.1 de la DOEI, el TJUE precisa que la emisión de una OEI de estas características no exige la existencia de una presunción de delito grave basada en hechos concretos contra cada uno de los afectados, ya que dicha exigencia no se desprende del Derecho del Estado de emisión (Alemania). Además, en cuanto a la falta de verificación de la medida por razones de confidencialidad no es inconveniente, siempre que se garantice el derecho a un proceso equitativo en el procedimiento penal posterior. Y ello debido a que la integridad de las pruebas solo puede apreciarse en el momento en el que las autoridades competentes dispongan efectivamente de ellas, y no durante la fase de emisión de la OEI (apartados 89 y 90). Por su parte, respecto al contenido del apartado b) del citado precepto, señala el TJUE que aunque la legalidad de una OEI, como la del presente supuesto, está sujeta a los mismos requisitos aplicables a la transmisión de tales datos en una situación puramente interna del Estado de emisión, la autoridad de dicho Estado no estará autorizada para controlar la regularidad del procedimiento mediante el cual el Estado de ejecución haya recogido las pruebas solicitadas (apartados 93 a 100).

43. En definitiva, y en palabras del TJUE, el artículo 6.1 de la DOEI debe interpretarse en el sentido de que *“no se opone a que un fiscal adopte una orden europea de investigación que tenga por objeto la transmisión de pruebas que ya obren en poder de las autoridades competentes del Estado de ejecución, cuando dichas pruebas hayan sido obtenidas a raíz de la intervención por dichas autoridades, en el territorio del Estado de emisión, de telecomunicaciones de la totalidad de los usuarios de teléfonos móviles que permiten, gracias a un software especial y a un material modificado, una comunicación cifrada de extremo a extremo, siempre que esa orden cumpla todos los requisitos previstos, en su caso, por el Derecho del Estado de emisión para la transmisión de tales pruebas en una situación puramente interna de dicho Estado”*.

44. Más clarificador es al respecto nuestro TS, en la ya referenciada sentencia 4526/2025. De manera que, en estos supuestos en los que la emisión de la OEI es posterior a la ejecución de la medida, la cual además no ha sido ni acordada ni ejecutada por el Estado de emisión, el examen de la autoridad de emisión, en los términos del artículo 6.1 b) de la DOEI no incluye: *“i) un control de los mismos requisitos de fondo aplicados, en el Estado de emisión, para la “recogida” de dichas pruebas; y ii) un control de la regularidad del procedimiento mediante el que otro Estado haya recogido las pruebas. Es decir, el Estado de emisión no debe controlar la licitud, desde la perspectiva de su ordenamiento, de la medida ya ejecutada en el extranjero y, en virtud de la cual, se recogieron los datos”* (Fundamento de Derecho segundo, apartado 2.1.2.2).

4. Interceptación de las telecomunicaciones como medida específica de investigación

45. Aunque la DOEI establece un régimen único para la obtención de pruebas, sin embargo, son necesarias normas adicionales para determinados tipos de medidas de investigación, entre las que se encuentra la intervención de las telecomunicaciones, y a las que la Directiva les dedica su capítulo V compuesto por dos preceptos. El artículo 30, relativo a las intervenciones de telecomunicaciones con la asistencia técnica de otro Estado miembro, y el artículo 31, sin necesidad de asistencia técnica. De los cuales vamos a centrarnos en el segundo de ellos, al haber sido planteada ya una cuestión prejudicial en cuanto a la interpretación de su contenido.

46. En concreto, el artículo 31 de la DOEI se refiere a aquellos supuestos en los que el Estado de emisión desde su territorio puede llevar a cabo la intervención de telecomunicaciones en el Estado de ejecución directamente y sin necesidad de la asistencia técnica de este último. En esta modalidad de intervención de telecomunicaciones, la DOEI utiliza la denominación de “Estado que realiza la intervención” para referirse al Estado de emisión, y la de “Estado notificado” para referirse al Estado de ejecución. Así, de darse tal situación, el Estado que realiza la intervención de telecomunicaciones tendrá que notificárselo a la autoridad competente del Estado notificado, lo cual podrá hacer antes de la intervención, durante la misma o después de ésta. La notificación se realizará con anterioridad a la interven-

ción, cuando la autoridad del Estado que realiza la intervención al ordenarla esté ya informada de que la persona en cuestión se encuentra o se encontrará en el Estado notificado. En cambio, si no dispusiese de dicha información, la notificación se realizará durante la intervención, o tras ésta inmediatamente después de tener conocimiento de que la persona en cuestión se encuentra o se ha encontrado durante la intervención en el territorio del Estado notificado (art. 31.1 DOEI). En todo caso, la notificación a la que nos estamos refiriendo se tendrá que realizar mediante el formulario contenido en el Anexo C de la DOEI (art. 31.2 DOEI); a diferencia de la emisión de una OEI que comprenda cualquier otra medida de investigación, ya que en estos casos el formulario a cumplimentar es el contemplado en el Anexo A (art. 5 DOEI).

47. La denegación del reconocimiento y ejecución de una OEI que contenga la presente medida de investigación, solo es posible por un único motivo: si la intervención no se autorizaría en un caso interno similar. Pero, de darse el mismo, dispone el artículo 31.3 de la DOEI que la autoridad del Estado notificado podrá notificar sin demora a la autoridad competente del Estado que realiza la intervención, y a más tardar en un plazo de 96 horas desde que ha recibido la notificación, que: *“a) no podrá efectuarse la intervención o que se pondrá fin a la misma, y b) si fuera necesario, que no podrá utilizarse el posible material ya intervenido mientras la persona que sea objeto de la intervención se encontraba en su territorio, o que sólo podrá utilizarse en las condiciones que aquella especifique. La autoridad competente del Estado miembro notificado informará a la autoridad competente del Estado miembro que realiza la intervención de los motivos de estas condiciones”*³⁷.

48. Por último, queremos poner de manifiesto que en el presente supuesto no se emite propiamente una OEI al introducirse importantes modificaciones sustanciales³⁸. Así, no se aplican los plazos de reconocimiento y ejecución establecidos en el artículo 12 de la DOEI, se utiliza un Anexo diferente, y se modifica la nomenclatura a la hora de referirse a los Estados miembros implicados³⁹. En este último sentido, puede apreciarse como en vez de establecerse un sistema de emisión-ejecución, se establece un sistema de intervención-notificación⁴⁰. Y, además, se excepciona el régimen general de motivos de denegación del artículo 11 de la DOEI, siendo únicamente aplicable el motivo recogido en el artículo 31.3 de la DOEI.

49. Plasmada la regulación del artículo 31 de la DOEI, vamos a analizar a continuación la petición de decisión prejudicial planteada en cuanto a la interpretación de su contenido. Para ello, tenemos que volver a referirnos a la STJUE de 30 de abril de 2024 (caso EncroChat), en esta ocasión a la cuarta cuestión prejudicial, que es la que versa sobre el mencionado precepto. En ella, son tres las preguntas que se plantea el Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Berlín. La primera a los efectos de determinar si una medida relacionada con la infiltración en aparatos terminales para extraer datos de tráfico, de localización y de comunicación de un servicio de comunicación basado en internet, tendría cabida dentro del concepto de “telecomunicaciones” del presente artículo. La segunda para precisar la naturaleza –administrativa o judicial– de la autoridad competente del Estado de notificación. Y, por último, en cuanto a la protección y alcance de los derechos de los usuarios afectados por una medida de tales características.

³⁷ En nuestro ordenamiento, en virtud del artículo 204.2.II de la LRM, para el supuesto de que la autoridad competente del Estado notificado informe de que el material obtenido no puede ser utilizado, añade el legislador que la autoridad española competente ordenará su destrucción.

³⁸ Cfr. C. ARANGÜENA FANEGO, “Orden Europea de Investigación (...)”, cit., p. 927.

³⁹ Cfr. A. TINOCO PASTRANA, “Las medidas de investigación tecnológica en la orden europea de investigación”, *La Ley Penal*, n° 132, 2018, apartado IV.

⁴⁰ En este sentido, RODRÍGUEZ LAINZ, quien señala que ese sistema de intervención-notificación implica que *“la autoridad del Estado que decide acordar la intervención no tiene que emitir una OEI en sentido estricto y esperar a la resolución de reconocimiento del Estado requerido; sino simplemente notificar que ha tomado esa decisión”*. Por su parte, *“la decisión del Estado notificado pasa de ser de reconocimiento/homologación, a ser de convalidación”* [J. L. RODRÍGUEZ LAINZ, “La intervención de comunicaciones en la Directiva 2014/41/CE, relativa a la orden europea de investigación penal”, *Editorial Jurídica Sepin* (www.sepin.es), artículo monográfico, mayo 2015, apartado IV, 2].

50. Por lo que concierne al concepto de “telecomunicaciones”, el TJUE entiende que el mismo debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme del Derecho de la Unión, ya que la DOEI no lo define, ni remite al Derecho de los Estados miembros para determinar su alcance y contenido. Por tanto, dicho concepto se refiere, en su sentido habitual, al conjunto de los procedimientos de transmisión de información a distancia. Además, si se tiene en cuenta el formulario C, previsto para la emisión de la OEI en estos casos, su apartado B III, relativo al objeto de la intervención, contempla como opciones un número de teléfono, una dirección IP o una dirección de correo electrónico. Asimismo, el considerando 30 de la DOEI indica que la intervención de las telecomunicaciones no debe solo limitarse al contenido de la comunicación, sino que también puede abarcar la obtención de datos de tráfico y localización. En definitiva, la infiltración de aparatos terminales, como en el presente caso, con la finalidad de extraer datos de comunicación, de tráfico y de localización, a partir de un servidor de comunicación basado en internet, sí se entiende como una “intervención de telecomunicaciones” a los efectos del artículo 31 de la DOEI (apartados 109-114).

51. La siguiente duda a despejar es la relativa a la naturaleza de la autoridad competente del Estado miembro notificado, ya que no se desprende ni del artículo 31 de la DOEI, ni del formulario C. De igual manera, no se contempla en la información que cada Estado miembro, respecto de las autoridades competentes, debía hacer llegar a la Comisión Europea, conforme al artículo 33 de la DOEI. Por ello, entiende el TJUE que corresponde designarlo al Estado miembro en cuyo territorio se encuentre la persona que sea objeto de la intervención o, lo que es lo mismo, al Estado miembro notificado. No obstante, si el Estado miembro que realiza la intervención no identifica cuál es dicha autoridad, puede dirigirse a la que estime más idónea para ello (apartados 115-117).

52. Finalmente, también concluye el TJUE que el artículo 31 de la DOEI tiene por objeto proteger los derechos de los usuarios afectados por una medida de “intervención de telecomunicaciones”, dado que, como establece en su apartado 3, en aquellos casos en los que la intervención no se autorizaría en un caso interno similar, la autoridad competente del Estado miembro notificado podrá notificar a la autoridad competente del Estado que realiza la intervención alguna de las siguientes posibilidades: que dicha intervención no puede efectuarse; que se pondrá fin a la misma; que no podrá ya utilizarse el material intervenido; o que solo se podrá utilizar en las condiciones que el Estado miembro notificado especifique (apartados 122-124).

5. Admisibilidad de las pruebas obtenidas mediante una orden europea de investigación

53. La admisibilidad de la prueba en el Estado de emisión es una cuestión a la que el legislador debía haber prestado mayor atención, sobre todo, teniendo en cuenta que el objetivo principal de la DOEI es el establecimiento de un único instrumento en materia probatoria a nivel europeo. Y es que, si en el Estado de ejecución, por no contemplarse en su ordenamiento, no se respetan una serie de garantías que sí son imprescindibles en el Estado de emisión, en este último no será admisible la prueba obtenida. De manera que todo se facilitaría con un régimen uniforme en materia de obtención de prueba penal transfronteriza. Sin embargo, poner a los Estados miembros de acuerdo en este extremo presenta grandes dificultades en la práctica.

54. Esta cuestión guarda relación con el respeto a los derechos fundamentales. En este sentido, la DOEI debería haber garantizado el derecho a un proceso con todas las garantías, evitando que la obtención de dichas pruebas en otro Estado miembro sea ilícita por no haber sido respetados tales derechos. Así, tanto la ausencia de previsión legal unitaria a nivel europeo en este ámbito⁴¹, como los dis-

⁴¹ No obstante, téngase en cuenta la Propuesta de Directiva presentada por el *European Law Institute*, el 8 de mayo de 2023, titulada “*ELI Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on Mutual Admissibility of Evidence and Electronic Evidence in Criminal Proceedings*”. Un comentario sobre la misma puede verse en, M. DE HOYOS SANCHO, *La*

tintos niveles de protección que a dichos derechos confieren cada uno de los Estados miembros, puede originar la vulneración de los mismos en el transcurso de una investigación criminal⁴². En definitiva, el mayor obstáculo con el que se encuentra en la práctica este instrumento es la admisibilidad probatoria en el Estado de emisión, a falta de una regulación común sobre obtención de prueba penal transfronteriza⁴³.

55. Pues bien, con la finalidad de garantizar en el Estado de emisión la admisibilidad de las pruebas obtenidas en el Estado de ejecución mediante una OEI, algunos preceptos de la DOEI pretenden dar algo de luz al respecto, así, a modo de ejemplo, los apartados 2 y 4 de su artículo 9 en materia de reconocimiento y ejecución⁴⁴, o el apartado 7 de su artículo 14, cuyo contenido ha sido objeto de cuestión prejudicial. En concreto, en virtud de este último artículo, y sin perjuicio de las normas procesales internas, los Estados miembros velarán por que, en los procesos penales en el Estado de emisión, se respeten los derechos de la defensa y la equidad del proceso al evaluar las pruebas obtenidas a través de la OEI. De manera que la DOEI difiere, a la legislación interna de los distintos Estados miembros, las consecuencias que conlleve la posible declaración de ilicitud de la prueba, lo cual podría calificarse de solución poco satisfactoria⁴⁵.

56. Por su parte, el TJUE en su sentencia de 30 de abril de 2024 (caso EncroChat), concreta un poco más el contenido del artículo 14.7 de la DOEI, al hilo de la quinta cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Berlín. En particular, el TJUE entiende que el hecho de que en los procesos penales en el Estado de emisión se respeten los derechos de defensa y la equidad del proceso al evaluar las pruebas obtenidas a través de una OEI, implica que si una parte no puede comentar eficazmente una prueba debe quedar excluida del proceso penal. Y, en este sentido, el juez nacional debe excluir determinada información y determinadas pruebas si la persona sospechosa de haber cometido hechos constitutivos de delito no está en condiciones de comentar eficazmente esa información y esas pruebas, y si estas pueden influir destacadamente en la apreciación de los hechos (apartados 130-131).

57. A estos efectos, nuestro TS, en su sentencia 4526/2025, indica también que es esencial que la persona afectada por la información haya tenido la posibilidad de debatir la prueba obtenida, tanto por motivos relacionados con el trámite de la OEI, como por motivos relacionados con los concretos datos obtenidos (Fundamento de Derecho segundo, apartado 2.1.3).

6. Régimen de recursos en el estado de emisión

58. En virtud de artículo 14.2 de la DOEI, la impugnación de la OEI por motivos de fondo se realiza ante las autoridades del Estado de emisión, y tanto las posibilidades de recurrir como los plazos aplicables tienen que ser los mismos que los establecidos en la legislación nacional de cada Estado miembro para un caso interno similar (arts. 14.1, 14.4 y 22 DOEI). No obstante, aunque la impugnación

nueva regulación en la Unión Europea sobre obtención transfronteriza de información electrónica en proceso penales. *Análisis y valoración del «e-evidence package»*, Aranzadi, Madrid, 2024, pp. 99-109.

⁴² Para un estudio en profundidad sobre el necesario respeto de los derechos fundamentales en materia probatoria véase, E. MARTÍNEZ GARCÍA, “La orden de investigación europea. Las futuras complejidades previsibles en la implementación de la Directiva en España”, *La Ley Penal*, nº 106, 2014, y *La orden europea de investigación (...)*, cit., pp. 13-50.

⁴³ Sobre esta cuestión, entre otros, M. JIMENO BULNES, “La prueba transfronteriza y su incorporación al proceso penal español”, en I. GONZÁLEZ CANO (dir.), *Orden Europea de Investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 753-754; C. ARANGÜENA FANEGO, “Orden Europea de Investigación (...)”, cit., p. 938; y E. LARO GONZÁLEZ, “La orden europea de investigación. Especial consideración de los problemas que plantea el doble control de admisibilidad en la obtención de prueba”, en I. GONZÁLEZ CANO (dir.), *Orden Europea de Investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 795-812.

⁴⁴ Sobre el mismo véase, L. Domínguez Ruiz, *La orden europea de investigación. Análisis legal y aplicaciones prácticas*, cit., pp. 151-152.

⁴⁵ En este sentido, C. RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, *Obtención y admisibilidad en España de la prueba penal transfronteriza (...)*, cit., pág. 535.

se presenta ante las autoridades del Estado de emisión, el artículo 14.2 de la DOEI añade que esto será así “*sin perjuicio de las garantías de los derechos fundamentales en el Estado de ejecución*”. Esto implica que también sea posible recurrir la OEI por motivos de fondo ante las autoridades del Estado de ejecución, pero únicamente en garantía de los derechos fundamentales⁴⁶. En cualquier caso, la autoridad de emisión y de ejecución tienen que informarse mutuamente sobre los recursos interpuestos (art. 14.5 DOEI). Además, ambas autoridades tendrán que adoptar las medidas necesarias para garantizar que se facilite información sobre las posibilidades de recurso a las partes interesadas, siempre que ello no comprometa la confidencialidad de la investigación (art. 14.3 DOEI).

59. Sin embargo, la falta de previsión de impugnación constituye una problemática en determinados Estados miembros, como sucede en España. En este sentido, la LRM sólo contempla la posibilidad de recurso cuando la OEI haya sido emitida por los jueces españoles competentes –recurso de reforma y de apelación–, teniendo que tramitarse y resolverse por la autoridad judicial española competente conforme a la legislación española. Si el recurso es estimado, la autoridad judicial española competente lo comunicará inmediatamente a la autoridad que esté conociendo de la ejecución (art. 13.2 LRM). En cambio, en aquellos casos en los que la OEI sea emitida por fiscales no se contempla recurso contra dicha decisión, sin perjuicio de su valoración posteriormente en el correspondiente procedimiento penal (art. 13.4 LRM). Por ello, entendemos que en este último supuesto cobra especial sentido la previsión contenida en el inciso final del artículo 14.2 de la DOEI que, como ya hemos indicado, permite también que se pueda recurrir la DOEI por motivos de fondo ante las autoridades del Estado de ejecución en garantía de los derechos fundamentales⁴⁷.

60. Pues bien, esta falta de previsión de impugnación en determinados Estados dio lugar al planteamiento de distintas cuestiones prejudiciales ante el TJUE. Así, en primer lugar, nos encontramos con la STJUE de 24 de octubre de 2019⁴⁸, la cual se pronunció sobre las cuestiones planteadas por el Tribunal Especial de Bulgaria. En síntesis, dicho tribunal quería emitir una OEI para que las autoridades checas practicasen registros e incautaciones, así como la declaración de testigos. Pero, el hecho de que el Derecho búlgaro no prevea ningún recurso contra este tipo de decisiones conllevó que tuviese dificultades a la hora de cumplimentar el formulario de emisión de la OEI, y le hizo cuestionarse si ello no iría en contra del artículo 14.2 de la DOEI. De igual manera, se planteó si, en tales supuestos, el interesado podría impugnar la OEI, aunque en el Derecho nacional no contemplase esta posibilidad.

61. Al respecto, el pronunciamiento del TJUE no fue bien recibido⁴⁹, pues no resolvió la cuestión de fondo, sino que se limitó a reformular las distintas cuestiones planteadas por el Tribunal Especial de Bulgaria, y dirigió su respuesta al modo en el que debía cumplimentarse el formulario de emisión. En concreto, el TJUE indica que el artículo 5 de la DOEI, en relación con la sección J del formulario de emisión relativa a los recursos, debe interpretarse en el sentido de que la autoridad de emisión no debe hacer constar qué recursos existen, en su caso, contra la emisión de la OEI; de manera que, sólo debe cumplimentarse en el caso de que se haya interpuesto recurso. Pronunciamiento que, además de perjudicar los derechos de la defensa, se aparta de la argumentación dada por el Abogado General, quien sí

⁴⁶ Esta excepción puede dar lugar a distintas interpretaciones. Así, puede entenderse que se refiere a la obligación de la autoridad del Estado de ejecución de velar por la responsabilidad de los derechos fundamentales (art. 1.4 DOEI); a su posibilidad de denegación cuando existan motivos fundados para creer que la ejecución de la medida de investigación indicada en la OEI supondría una violación de los derechos fundamentales [art. 11.1 f) DOEI]; o a su posibilidad de consulta cuando cree que no se han cumplido los requisitos de emisión de la OEI (art. 6.3 DOEI). En este sentido, L. BACHMAIER WINTER, “Prueba transnacional penal en Europa: la Directiva 2014/41 relativa a la orden europea de investigación”, cit., p. 28.

⁴⁷ En este mismo sentido, C. RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, *Obtención y admisibilidad en España de la prueba penal transfronteriza* (...), cit., pp. 393-394.

⁴⁸ STJUE de 24 de octubre de 2019, asunto C-324/17, *Ivan Gavanov contra Spetsializiran nakazatelen sad* (ECLI:EU:C:2019:892).

⁴⁹ Así, sobre las opiniones de la decisión adoptada por el TJUE en esta sentencia, pueden verse, M. DE HOYOS SANCHO, “Algunas dificultades en la aplicación práctica de la orden europea de investigación”, cit., pp. 524-528; y A. MARTÍNEZ SANTOS, “¿Emisión de órdenes europeas de investigación por el Ministerio Fiscal español? (...), cit., p. 275-277.

daba respuesta al entender que, “*El artículo 14 de la Directiva 2014/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, como la normativa búlgara, que no establece en modo alguno la posibilidad de impugnar los motivos de fondo de una medida de investigación objeto de una orden europea de investigación, así como a que una autoridad de ese Estado miembro emita una orden europea de investigación*”⁵⁰.

62. En vista de la respuesta dada por el TJUE, el Tribunal Especial de Bulgaria volvió a plantear petición de decisión prejudicial en relación con el mismo caso, aunque formulando las cuestiones de manera diferente: “*1) ¿Es conforme con los artículos 14, apartados 1 a 4, y 1, apartado 4, y con los considerandos 18 y 22 de la Directiva 2014/41, así como con los artículos 47 y 7 de la Carta, en relación con los artículos 13 y 8 del [Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo, «CEDH»)], una normativa nacional que no contempla ninguna vía de recurso contra la emisión de una orden europea de investigación para proceder al registro de viviendas y locales comerciales, a la incautación de determinados bienes y al interrogatorio de un testigo? 2) ¿Puede emitirse en estas circunstancias una orden europea de investigación?*”. En esta ocasión, el TJUE, en sentencia de 11 de noviembre de 2021, ya sí se pronuncia sobre el fondo de la cuestión; respondiendo negativamente a ambas preguntas⁵¹. Por tanto, puede concluirse que, aquellos Estados miembros que no lo prevean deberían contemplar en sus respectivas regulaciones la posibilidad de recurrir la emisión de una OEI en todo caso.

III. Peticiones de decisión prejudicial planteadas y no resueltas

63. Finalmente, queremos referirnos también a la petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Ordinario de Florencia el 2 de mayo de 2024⁵², respecto de la cual, por ahora, solo están disponibles las Conclusiones del Abogado General presentadas el 26 de junio de 2025⁵³. En concreto, el citado Tribunal ha planteado cinco cuestiones prejudiciales, siendo objeto de interpretación los siguientes preceptos: el artículo 24 de la DOEI, relativo a la comparecencia por videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual, como medida de investigación a los efectos del artículo 3 de la DOEI; el artículo 10, en materia de reconocimiento por sustitución de la medida de investigación; los artículos 11.1 f) y 24.2 b), por lo que respecta a motivos de denegación; y el artículo 22.1, sobre el traslado temporal de detenidos al Estado de emisión para llevar a cabo una medida de investigación, en relación también con el artículo 3.

64. Antes de abordar los pronunciamientos del Abogado General, vamos a referirnos brevemente al contenido de los mencionados preceptos, aunque no en su totalidad, sino solo a aquellos extremos a los que se refiere la petición de decisión prejudicial. En cuanto al artículo 3 de la DOEI, relativo al ámbito de aplicación, nos remitimos a lo ya analizado. Por lo que concierne a su artículo 24.1, el mismo dispone que cuando una persona se encuentre en el territorio del Estado de ejecución y deba ser oída como testigo, perito, investigado o acusado por las autoridades del Estado de emisión, la autoridad de emisión podrá emitir una OEI para que la comparecencia de los sujetos mencionados se realice por videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual; estableciéndose, en su apartado 5, las normas por las que tienen que regirse. De igual manera, y como dispone en su apartado 3, las autoridades de emisión y ejecución tendrán que ponerse de acuerdo sobre las disposiciones prácticas, indicándose las cuestiones

⁵⁰ Conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot, presentadas el 11 de abril de 2019 (ECLI:EU:C:2019:312).

⁵¹ STJUE de 11 de noviembre de 2021, asunto C-852/19, *Ivan Gavanozov contra Spetsializiran nakazatelen sad* (ECLI:EU:C:2021:902).

⁵² Un comentario en profundidad sobre esta sentencia puede verse en A. MARTÍNEZ SANTOS, “¿Emisión de órdenes europeas de investigación por el Ministerio Fiscal español? (...), cit., pp. 278-285.

⁵³ Asunto C-325/24, Bissilli (C/2024/47575), DOUE de 29 de junio de 2024.

⁵⁴ Conclusiones del Abogado General Sr. Athanasios Rantos, presentadas el 26 de junio de 2025 (ECLI:EU:C:2025:491).

de las que se encargará la autoridad de ejecución. Además, cabe también señalar que la emisión de una OEI que contemple esta medida puede considerarse como una alternativa eficaz a la ODE. Esta posibilidad debe ser estudiada por la autoridad de emisión con el fin de garantizar el recurso proporcionado a una ODE, comprobando así si la OEI solicitada en estos casos es un medio eficaz y proporcionado para proseguir el procedimiento penal (considerando 26 DOEI).

65. La comparecencia a la que nos estamos refiriendo tendrá lugar salvo que se den alguno de los motivos de denegación del artículo 11 de la DOEI (art. 24.2.I), cuestionándose, en concreto, en el supuesto que vamos a analizar, el contenido del motivo contemplado en su letra f). Así, y en virtud de este, se podrá denegar el reconocimiento o ejecución de una OEI en el Estado de ejecución “*cuando existan motivos fundados para creer que la ejecución de la medida de investigación indicada en la OEI sería incompatible con las obligaciones del Estado miembro de ejecución de conformidad con el artículo 6 del TJUE y de la Carta*”. Al respecto, se entiende que nos encontramos ante una especie de cláusula de orden público, “*ya que siempre que se haga un uso adecuado de la misma, supone una garantía específica para el respeto de los derechos fundamentales en el espacio de libertad, seguridad y justicia en Europa*”⁵⁴. Por ello, hay quienes consideran que tendría que estar regulado como un motivo de denegación imperativo, y no facultativo como el resto de los contemplados en la DOEI⁵⁵.

66. Ahora bien, el contenido del artículo 11.1 f) de la DOEI no está exento de dificultades en la práctica. Las mismas radican en el nivel de protección de los derechos fundamentales, ya que cada Estado miembro tiene una concepción diferente en cuanto al contenido esencial de estos derechos. Para ello, hay que recurrir a la jurisprudencia del TJUE y en concreto, para este caso, podemos referirnos al conocido asunto Melloni, donde se establece la primacía en la aplicación del Derecho Europeo⁵⁶. En virtud de este principio, se entiende que los tribunales nacionales, para determinar el nivel de protección de los derechos fundamentales, deben atenerse a la regulación de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, en la interpretación dada por la jurisprudencia del TJUE, o lo que es lo mismo al estándar europeo. Y no al del ordenamiento constitucional interno del Estado de ejecución, aunque los estándares de protección de este último sean superiores⁵⁷.

67. Pero el artículo 24.2 de la DOEI no sólo remite a los motivos de denegación de su artículo 11, sino que también contempla dos motivos adicionales para los supuestos de comparecencia por videoconferencia. En concreto, en su letra a), cuando el investigado o el acusado no dé su consentimiento. Y, en su letra b), cuando la ejecución de dicha medida de investigación en un caso concreto sea contraria a los principios fundamentales del Derecho del Estado de ejecución; este último motivo también referido a la infracción de los derechos fundamentales.

68. Pasando al contenido del artículo 10 de la DOEI, en virtud del mismo, la autoridad del Estado de ejecución puede sustituir la medida de investigación solicitada por el Estado de emisión en la OEI

⁵⁴ L. BACHMAIER WINTER, “Prueba transnacional penal en Europa: la Directiva 2014/41 relativa a la orden europea de investigación”, cit., p. 25

⁵⁵ En este sentido, RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, quien considera que recoger esta causa de denegación conlleva que la cooperación penal internacional europea se lleve a cabo sin sacrificar derechos fundamentales, evitándose así “*esa generalización de niveles mínimos de protección que podría generarse con el automatismo en el reconocimiento*”. En definitiva, se refuerza el compromiso de las autoridades judiciales con la protección de los derechos fundamentales. De ahí el hecho de que el presente motivo de denegación debiese ser regulado con carácter imperativo [C. RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, *Obtención y admisibilidad en España de la prueba penal transfronteriza (...)*, cit., pp. 446-447].

⁵⁶ STJUE de 26 de febrero de 2013 (Asunto C-399/11) (ECLI:EU:C:2013:107).

⁵⁷ Para un estudio en profundidad sobre esta cuestión, así como sobre otros pronunciamientos jurisprudenciales en materia de derechos fundamentales, véase, E. MARTÍNEZ GARCÍA, *La orden europea de investigación (...)*, cit., pp. 29-43; y “La orden europea de investigación”, en I. GONZÁLEZ CANO (dir.), *Integración europea y justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 426-430.

Asimismo, para la relación existente entre el presente motivo de denegación y la interpretación del asunto Melloni puede verse, C. RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, *Obtención y admisibilidad en España de la prueba penal transfronteriza (...)*, cit., pp. 447-448; y P. GRANDE SEARA, “Reconocimiento y ejecución en España de una Orden Europea de Investigación”, cit., p. 470.

en vez de proceder a su denegación, siempre y cuando se dé alguno de los supuestos contemplados en el mencionado precepto. De ellos, en el asunto objeto de análisis se cuestiona el recogido en su apartado 1 b), es decir, cuando la medida de investigación requerida en la OEI no exista en un caso interno similar⁵⁸. Y ello, sin perjuicio de las excepciones contempladas en su apartado 2, que enumera una serie de medidas de investigación denominadas privilegiadas, ya que no pueden ser sustituidas, al ser medidas que tienen que existir en cualquier Estado miembro; aunque ello no impide que puedan invocarse alguno de los motivos de denegación contemplados en el artículo 11 de la DOEI. Sin embargo, no siempre que se den los supuestos del artículo 10.1 de la DOEI la autoridad de ejecución podrá llevar a cabo la sustitución, si no que será necesario que la medida de investigación de la que va a hacer uso tenga el mismo resultado que la solicitada en la OEI. De no ser así, la autoridad de ejecución tendrá que notificar a la de emisión que no es posible ejecutar la DOEI (art. 10.5 DOEI). De igual manera, la autoridad de ejecución puede también recurrir a una medida de investigación distinta a la indicada en la OEI siempre y cuando, siendo menos invasora de la intimidad, obtenga el mismo resultado que la solicitada (art. 10.3 DOEI).

69. Finalmente, en relación con el artículo 22.1 de la DOEI, cabe señalar que este precepto permite que se emita una OEI para que una persona detenida en el Estado de ejecución se traslade temporalmente al territorio del Estado de emisión; estableciéndose en el resto de apartados los requisitos y condiciones necesarios para ello. Y ello, con la finalidad de llevar a cabo una medida de investigación dirigida a la obtención de pruebas que requieran su presencia. Sin embargo, como hemos señalado al hilo del ámbito de aplicación de la DOEI, indica su considerando 25 que si la finalidad del traslado es a efectos de su enjuiciamiento, con inclusión de su puesta a disposición de un órgano judicial para ser sometido a juicio, no debe emitirse una OEI sino una ODE⁵⁹.

70. Centrándonos ya en la presente petición de decisión prejudicial, la misma gira en torno a un proceso penal incoado por organización criminal y tráfico de estupefacientes, en el cual el Tribunal Ordinario de Florencia emitió, conforme al artículo 24.1 de la DOEI, una OEI para que las autoridades judiciales belgas organizarán la comparecencia por videoconferencia de un sujeto en calidad de acusado a los efectos de recabar pruebas mediante su interrogatorio. Pero también para permitir que participase en el juicio, al entender que esta medida constituía una alternativa eficaz a una ODE, ya que no concurrían los requisitos para su emisión. De igual manera, el tribunal italiano, como alternativa a la videoconferencia del acusado, solicitó el traslado temporal a Italia en base al artículo 22.1 de la DOEI⁶⁰. Por su parte, las autoridades judiciales belgas denegaron la OEI alegando que la medida de investigación solicitada no existe en Derecho belga, así como que la misma es contraria al derecho fundamental a un proceso equitativo, de conformidad con su Derecho interno. Del mismo modo, la solicitud alternativa de traslado temporal fue denegada aduciendo que la comparecencia del acusado en el juicio no constituía una medida de investigación en Derecho belga.

71. Por lo que respecta a la primera cuestión prejudicial, esta es, si puede emitirse una OEI para que se practique una comparecencia por videoconferencia a los efectos descritos, el Abogado General

⁵⁸ El otro motivo contemplado en el artículo 10.1 a) es que la medida de investigación indicada en la OEI no exista en el Derecho nacional del Estado de ejecución.

Como indica AGUILERA MORALES, los supuestos contenidos en el artículo 10 de la DOEI son reflejo de la relajación del principio de reconocimiento mutuo en materia de investigación delictiva transfronteriza, así como una clara manifestación de la importancia que en la misma juegan el principio de proporcionalidad y la flexibilidad (M. AGUILERA MORALES, “La orden europea de investigación: nuevas atribuciones para el Ministerio Fiscal”, *Revista Justicia*, 2018, n° 2, p. 201).

⁵⁹ Sobre esta medida de investigación puede verse, L. DOMÍNGUEZ RUIZ, *La orden europea de investigación. Análisis legal y aplicaciones prácticas*, cit., pp. 154-159.

⁶⁰ Cuestión distinta es la planteada en el Asunto C-285/23, cuyo objeto era aclarar si podía dictarse una OEI para la comparecencia del acusado por videoconferencia, pero sólo a los efectos de garantizar su participación en la vista y no para la obtención de pruebas. En cualquier caso, el TJUE no se pronunció, pero porque el órgano jurisdiccional remitente, tras la remisión de las peticiones de decisión prejudicial, no suspendió y prosiguió con el procedimiento principal para realizar las actuaciones procesales sobre aspectos relacionados con las cuestiones prejudiciales planteadas [STJUE de 6 de junio de 2024, asuntos acumulados C-255/23 y C-285/23 (ECLI:EU:C:2024:462)].

remite a la ya analizada STJUE de 9 de enero de 2025. En virtud de la misma, veíamos como la medida solicitada mediante una OEI no puede perseguir únicamente una finalidad distinta de la obtención de pruebas, porque de ser así no tendría cabida en el ámbito de aplicación de la DOEI. Ahora bien, si la OEI contiene distintas medidas de ejecución y una de ellas, de manera aislada, no está dirigida a la obtención de pruebas, pero es accesoria o indispensable para otra medida que sí persiga dicha finalidad, esas medidas se tratan como un conjunto indisoluble. De manera que, si una sola medida persigue dos finalidades distintas, pero una de ellas es la obtención de pruebas, puede ser objeto de OEI (apartados 36, 37 y 46). Y en este sentido, el Abogado General entiende que en virtud del artículo 24 de la DOEI, en relación con su artículo 3 y a la luz de sus considerandos 25 y 26, puede emitirse una OEI para que un acusado que esté detenido en el Estado de ejecución comparezca por videoconferencia en la vista oral, siempre y cuando tenga como objeto la obtención de pruebas; sin perjuicio, de que la autoridad de emisión también pretenda su participación en el juicio.

72. En segundo lugar, el Tribunal Ordinario de Florencia plantea si, en base al artículo 10 de la DOEI, el Estado de ejecución podría denegar la ejecución de la presente OEI al no existir la medida que se solicita en un caso interno similar (Bélgica). Al respecto, el Abogado General se pronuncia de manera negativa teniendo en cuenta las circunstancias del caso en concreto. Así, entiende que la declaración del acusado en el territorio del Estado de ejecución es una de las medidas contempladas en el artículo 10.2 de la DOEI como privilegiadas y, por tanto, en principio no es posible su sustitución en base al artículo 10.1. De igual manera, tampoco se daría el supuesto del artículo 10.5 de la DOEI, es decir, aunque concurra el supuesto del artículo 10.1 b), este es, que la comparecencia por videoconferencia no está prevista en su ordenamiento, la misma sí podría ser sustituida por otra medida que tuviera el mismo resultado, como sería el traslado temporal del acusado al Estado de emisión, en base al artículo 22.1 de la DOEI. Y, apoyando además esta posibilidad, acude al contenido del apartado 3 del citado artículo 10, ya que con dicho traslado se hubiese conseguido el mismo resultado y habría supuesto una menor injerencia en los derechos fundamentales del acusado (apartados 50 a 53).

73. Las cuestiones prejudiciales tercera y cuarta versan sobre los motivos de denegación de la DOEI. En concreto, la tercera aborda el motivo general del artículo 11.1 f), mientras que la cuarta el motivo específico del artículo 24.2 b). En relación con el primero de los preceptos indicados, el Abogado General entiende que la ejecución de una OEI para la comparecencia por videoconferencia de un acusado detenido en el Estado de ejecución sólo puede denegarse si existen motivos fundados, sobre la base de elementos concretos y específicos, de que esa comparecencia vulneraría derechos fundamentales del acusado, como el derecho a un proceso equitativo o su derecho de defensa, conforme a los artículos 47.2 y 48.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En cualquier caso, a juicio del Abogado General es difícilmente concebible que la comparecencia por videoconferencia vulnere los citados derechos, ya que el propio artículo 24 de la DOEI establece determinados requisitos y obligaciones, como el hecho de que la persona que va a ser oída preste su consentimiento, garantizándose así la compatibilidad de la ejecución de la OEI con la protección de los derechos fundamentales. Además, y según reiterada jurisprudencia del TEDH, esta forma de participación no es incompatible con el derecho a una audiencia pública por un juez imparcial, siempre que se garanticen el cumplimiento de determinados requisitos y garantías. Así, centrándonos en el presente caso, la fiscalía de Brujas se limitó a indicar que, de conformidad con su Derecho interno, la comparecencia por videoconferencia de un acusado es contraria al derecho a un proceso equitativo, pero, como señala el Abogado General, el Estado de ejecución no puede imponer el respeto de su derecho nacional y denegar la ejecución de una OEI que como la presente cuenta con las garantías procesales necesarias, ya que iría en contra del principio de confianza mutua (apartados 61-64).

74. Mientras que, por lo que respecta al motivo de denegación específico del artículo 24.2 b) de la DOEI, este es, que la ejecución de la medida en un caso concreto sea contraria a los principios fundamentales del Derecho del Estado de ejecución, su aplicación sí puede basarse en directrices no vinculantes o absolutas que hayan sido adoptadas por dicho Estado. Sin embargo, para ello es necesario que

la autoridad de ejecución examine todas las circunstancias pertinentes del asunto, incluidas las normas de la legislación nacional del Estado de emisión que garantizan el derecho de defensa del acusado. En cambio, en el presente asunto, las autoridades belgas basan la denegación de la ejecución, con carácter general, tanto en la jurisprudencia de su Tribunal Constitucional, como en una Circular emitida por el Colegio de Fiscales Generales de Bélgica, lo cual no justifica la denegación (apartados 70-72).

75. Finalmente, y a colación de los argumentos dados, respecto de la quinta cuestión prejudicial planteada, el Abogado General mantiene que, en base al artículo 22.1 de la DOEI, en relación con su artículo 3, es posible emitir una OEI que tenga por objeto el traslado temporal de una persona detenida en el Estado miembro de ejecución al de emisión para que comparezca en calidad de acusado en la vista oral. Pero siempre con la condición de que dicha OEI tenga por objeto la obtención de pruebas. Además, el Abogado General añade que el único motivo por el cual las autoridades belgas podían haber denegado la presente medida sería por consideraciones relacionadas con los derechos fundamentales, en base al artículo 11.1 f) de la DOEI, y no por entender que la misma no constituye una medida de investigación, tal y como mantuvieron (apartados 77-78).

76. En definitiva, habrá que esperar al pronunciamiento del TJUE para ver si, en esta ocasión, sigue la línea marcada por el Abogado General en cuanto al contenido de los mencionados preceptos o, si, por el contrario, se aleja de la misma en algunos extremos.

IV. Aproximación a las órdenes europeas de producción y conservación como complemento de la orden europea de investigación

77. Analizadas las cuestiones más controvertidas en la aplicación práctica de la OEI, conviene referirse también al paquete e-evidence sobre obtención transfronteriza de prueba electrónica en procesos penales. Dado que, tras su entrada en vigor, se entiende que suplirá las limitaciones y complementará la regulación existente en materia de prueba penal transfronteriza en la Unión Europea⁶¹. Así, como señala el propio Reglamento 2023/1543 en su considerando 8, los procedimientos y plazos previstos en la DOEI no son adecuados para las pruebas electrónicas, al ser estas más volátiles y poder ser eliminadas con mayor facilidad y rapidez. De ahí la necesidad de un instrumento que cubra tales carencias. Por ello, vamos a referirnos a algunas de las cuestiones más relevantes que serán objeto de esta nueva regulación.

78. Son dos los instrumentos jurídicos contemplados en el Reglamento 2023/1543. Por un lado, la orden europea de producción (en adelante, EPOC), para la obtención de pruebas electrónicas. Por otro, la orden europea de conservación (en adelante, EPOC-PR), con la finalidad de conservar dichas pruebas para solicitar su posterior entrega a través de una OEI, mediante la asistencia judicial mutua o por un EPOC; lo cual pone de manifiesto la coexistencia de estas órdenes europeas con otros instrumentos, posibilidad que además viene amparada por el artículo 32 del Reglamento. Las citadas órdenes podrán emitirse en el seno de un proceso penal, para la investigación o el enjuiciamiento de delitos, así como para la ejecución de penas privativas de libertad que estén pendientes, incluidas las causas penales contra personas jurídicas; quedando excluidos los procedimientos de asistencia judicial mutua. Y, a través de estas órdenes, podrán solicitarse, en formato electrónico, datos de abonados, datos para acceso a identificación de usuarios, datos de tráfico o datos de contenido (arts. 2, 3 y 6.2 Reglamento 2023/1543); los cuales, por su mayor o menor injerencia en los derechos fundamentales, estarán sujetos a distintos requisitos a la hora de su solicitud y tramitación.

⁶¹ Como hemos puesto de manifiesto en las primeras páginas de este trabajo, en cuanto al ámbito de aplicación temporal, el Reglamento será aplicable a partir del 18 de agosto de 2026, mientras que la Directiva deberá ser transpuesta a más tardar el 18 de febrero del mismo año. Asimismo, pero por lo que al ámbito de aplicación territorial se refiere, cabe resaltar que el Reglamento sí es de aplicación a Irlanda (considerando 100 Reglamento 2023/1543), a diferencia de lo que hemos visto para la OEI.

79. Respecto de dichos datos, que se incluyen en la definición de prueba electrónica ofrecida por el Reglamento⁶², y cuyos significados están disponibles en su artículo 3 (ordinales del 9 al 12), es preciso subrayar que solo pueden obtenerse aquellos que estén almacenados por el prestador de servicios en el momento de la recepción del EPOC o EPOC-PR. Así que no puede establecerse una obligación general de retención de datos, ni puede obligarse a la conservación u obtención de datos futuros [considerando 19 y art. 3,8) Reglamento 2023/1543]⁶³. Además, señala el considerando 20 que es independiente que esos datos estén o no cifrados, sin que se le pueda imponer al prestador de servicios la obligación de descifrarlos. No obstante, el *Reglamento de Ejecución (UE) 2025/1550 de la Comisión de 28 de julio de 2025, por el que se establecen las especificaciones técnicas y otros requisitos del sistema informático descentralizado a que se refiere el Reglamento (UE) 2023/1543 del Parlamento Europeo y del Consejo*⁶⁴ (en adelante, Reglamento 2025/1550), en su artículo 6, relativo al cifrado de pruebas electrónicas, establece que las autoridades competentes del Estado emisor al expedir un EPOC podrán facilitar un certificado público X.509 específico para su cifrado asimétrico. De manera que, en estos casos, el proveedor antes de la transmisión de los datos tendrá que cifrar las pruebas utilizando dicho certificado. Aunque si no le es posible por razones técnicas u otras razones justificables, podrá transmitirlos sin cifrado de contenido, teniendo que facilitar una explicación motivada a la autoridad emisora.

80. De igual manera, cabe poner de manifiesto que es independiente la ubicación en la que se encuentren los datos. Así, como indica el considerando 21 del Reglamento, *“en muchos casos, los datos ya no se almacenan, o se tratan de otro modo, en un dispositivo del usuario, sino que están disponibles en una infraestructura en nube que permite acceder a ellos desde cualquier lugar. Para gestionar estos servicios, no es necesario que los prestadores de servicios estén establecidos o tengan servidores en un territorio determinado. Por tanto, la aplicación del presente Reglamento no debe depender de la localización efectiva del establecimiento del prestador de servicios o de la instalación de tratamiento o almacenamiento de datos”*. Por esta razón, se abandona el “principio de territorialidad”, entendido como la necesidad de que las pruebas se soliciten a la autoridad competente del país en el que se encuentren, para sustituirlo por el “principio del lugar de prestación del servicio”⁶⁵. Así, y como posteriormente profundizaremos, otra de las peculiaridades de este nuevo instrumento es que el destinatario de la orden en cuestión será un prestador de servicios que opere en la Unión Europea, sin perjuicio del lugar en el que esté establecido. En este sentido, si tiene su establecimiento en la Unión Europea lo designará, pero de tenerlo fuera designará un representante legal; los cuales tendrán que disponer de las herramientas necesarias para dar cumplimiento a las órdenes europeas que reciban (art.1.1 y 3 Reglamento 2023/1544). Y es aquí donde juega un papel importante la Directiva 2023/1544, ya que se encarga de establecer las normas armonizadas para que los prestadores de servicios que operan en la Unión Europea indiquen sus establecimientos designados o sus representantes legales, con antelación a la entrada en vigor del Reglamento, garantizando así la efectividad de este último.

81. Por lo que se refiere a la autoridad emisora del EPOC y del EPOC-PR, en virtud del artículo 4 del Reglamento, ambas órdenes serán emitidas por un juez, tribunal o juez de instrucción. De igual manera, podrán emitirse por cualquier otra autoridad competente distinta a las anteriores, según la defina el

⁶² En virtud del 3, 8) del Reglamento 2023/1543, se entienden por pruebas electrónicas: *“los datos de los abonados, datos de tráfico o datos de contenido almacenados por un prestador de servicios, o en nombre de un prestador de servicios, en formato electrónico, en el momento de la recepción de un certificado de orden europea de producción (EPOC, por sus siglas en inglés de European Production Order Certificate) o de un certificado de orden europea de conservación (EPOC-PR, por sus siglas en inglés de European Preservation Order Certificate)”*.

⁶³ Como señala DE HOYOS SANCHO, a través de la OEI sí se pueden solicitar pruebas, datos u otra información electrónica que se pueda generar en el futuro, desde la recepción de la orden. De manera que la autoridad competente del Estado de emisión tendrá que valorar el caso concreto para ver qué instrumento le resulta más adecuado, si la OEI o un EPOC o un EPOC-PR. M. DE HOYOS SANCHO, *La nueva regulación en la Unión Europea sobre obtención transfronteriza de información electrónica en proceso penales (...)*, cit. p. 37.

⁶⁴ DOUE L, 29 de julio de 2025.

⁶⁵ En este sentido, M. DE HOYOS SANCHO, *La nueva regulación en la Unión Europea sobre obtención transfronteriza de información electrónica en proceso penales (...)*, cit. pp. 20-21 y 139.

Estado emisor, que actúe en calidad de autoridad de investigación en procesos penales y tenga competencia para ordenar la obtención de pruebas conforme a su Derecho nacional⁶⁶; aunque, en estos casos, será necesaria la validación judicial previa. Ahora bien, a pesar de que un fiscal también podrá ser autoridad emisora con un EPOC-PR o podrá validarlo en los términos ya mencionados, sin embargo, con un EPOC sólo podrá serlo cuando lo emita con la finalidad de obtener datos de abonados y datos de tráfico para identificar al usuario, lo cual podrá dar lugar a situaciones paradójicas en la práctica⁶⁷. De ahí que haya quienes defiendan que hubiese sido más adecuado asimilar las autoridades emisoras según se trate de obtener o conservar, por un lado, datos de los abonados y para identificar a los usuarios y, por otro, datos de tráfico y de contenido, sin que, además, a tal efecto, existiesen distinciones entre un EPOC y un EPOC-PR⁶⁸.

82. Como hemos adelantado, una de las cuestiones más llamativas del Reglamento es que la autoridad competente del Estado emisor dirigirá directamente la orden en cuestión al establecimiento designado o al representante legal del prestador del servicio afectado, que opere en la Unión Europea y que tenga almacenados los datos solicitados (arts. 1.1 y 7.1 Reglamento 2023/1543)⁶⁹. Es decir, a diferencia del sistema actual, no intervendrá una autoridad de ejecución, lo cual ha hecho cuestionarse a la doctrina que nos encontremos ante un sistema de cooperación judicial transfronteriza de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales⁷⁰. Es verdad que el artículo 8 del Reglamento establece la obligación de la autoridad emisora de notificación simultánea a la autoridad de ejecución y al destinatario, pero solo será si se emite un EPOC solicitando la obtención de datos de tráfico o de contenido. Asimismo, se exige que la infracción no se haya cometido, no se esté cometiendo o no sea posible que se cometa en el Estado emisor, y que la persona cuyos datos se solicitan no resida en dicho Estado, ya que el Reglamento sólo es aplicable a asuntos transfronterizos (considerando 18 Reglamento 2023/1543). Ahora bien, es posible que en la práctica este mecanismo no se dé en la mayoría de los supuestos⁷¹, de manera que nos encontraremos ante una cooperación directa entre la autoridad de emisión o validación y el prestador de servicios, siendo la autoridad emisora la única autoridad competente para supervisar los presupuestos de necesidad, proporcionalidad y legalidad de la solicitud, y en menor medida el prestador de servicios, tanto por la limitada información que tendrá sobre el asunto, como por la posible falta de medios que pueda tener para comprobar dichos presupuestos⁷².

⁶⁶ Entiéndase, cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado. A diferencia de lo que hemos visto para la OEI, estas órdenes no se podrán solicitar en procedimientos administrativos, ni en la investigación de ilícitos administrativos graves. En el mismo sentido, M. DE HOYOS SANCHO, *La nueva regulación en la Unión Europea sobre obtención transfronteriza de información electrónica en procesos penales (...)*, cit., p.30. Autora que, además, en la misma página resalta que al poder emitirse este tipo de órdenes en causas penales contra personas jurídicas, habrá Estados en los cuales no sea posible, ya que no contemplan la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino administrativa-sancionadora. En estos casos, solo podrá llevarse a cabo la emisión de la orden en cuestión para exigir responsabilidad penal a las personas físicas que pudiesen ser responsables.

⁶⁷ Así, por ejemplo, en España, conforme al artículo 588 ter k) de la LECrim, nuestro fiscal no puede solicitar directamente en un asunto interno un dato de tráfico con la finalidad de identificar a un usuario; sin embargo, una vez que entre en vigor el Reglamento sí podría hacerlo cuando el asunto fuese transnacional [C. ARANGÜENA FANEGO, “El Reglamento e-evidence y las órdenes de producción y conservación a afectos de prueba electrónica en procesos penales”, en E. PILLADO GONZÁLEZ M^a D. FERNÁNDEZ FUSTES (dirs.), *Derecho procesal y ciudadanía: Retos socioeconómicos y politización de la justicia*, Atelier, Barcelona, 2025, p. 391].

⁶⁸ En este sentido, L. GÓMEZ AMIGO, “Estudio de las órdenes europeas de producción y conservación: un instrumento eficaz para la obtención transfronteriza de pruebas penales electrónicas”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 92, 2024, p. 69; quien, además, resalta el hecho de que, conforme al artículo 4, habrá supuestos en los cuales un fiscal pueda emitir un EPOC-PR, pero no pueda emitir con posterioridad el subsiguiente EPOC.

⁶⁹ Aunque, como dispone el artículo 7.2, cuando se dé alguno de los casos urgentes definidos en el punto 18 del artículo 3, y el establecimiento designado o representante legal de un prestador de servicios no reaccione ante la petición en los plazos establecidos, la orden en cuestión podrá dirigirse a cualquier otro establecimiento o representante legal del prestador de servicios en la Unión Europea.

⁷⁰ En este sentido, C. ARANGÜENA FANEGO, “El Reglamento e-evidence y las órdenes de producción y conservación a afectos de prueba electrónica en procesos penales”, cit., p. 386, y M. DE HOYOS SANCHO, *La nueva regulación en la Unión Europea sobre obtención transfronteriza de información electrónica en procesos penales (...)*, cit., pp. 142-143.

⁷¹ Por ello, hay quienes defienden que se extienda la notificación a la emisión de un EPOC-PR cuando se trate de la conservación de la misma clase de datos. En este sentido, L. GÓMEZ AMIGO, “Estudio de las órdenes europeas de producción y conservación: (...)”, cit., p. 89.

⁷² Sobre esta cuestión véase M. DE HOYOS SANCHO, *La nueva regulación en la Unión Europea sobre obtención transfron-*

83. En cuanto a las condiciones para la emisión de ambas órdenes europeas, son también patentes las diferencias existentes. En este sentido, y comenzando por el EPOC, como señala el artículo 5 del Reglamento, para poder emitirse la orden tendrá que ser necesaria y proporcionada, teniéndose en cuenta los derechos de la persona sospechosa o acusada, así como que hubiese podido hacerse en las mismas condiciones que para un asunto nacional similar. Ahora bien, en función de los datos solicitados la orden no podrá emitirse para cualquier delito. En concreto, si lo que se solicitan son datos de abonados o datos para identificar a usuarios, el EPOC sí podrá emitirse para todas las infracciones penales y para fines de ejecución de una pena o medida de seguridad privativas de libertad de al menos 4 meses, impuestas por una resolución que no se haya dictado en rebeldía, en los casos en que la persona condenada haya huido de la justicia. En cambio, si lo que se pretenden obtener son datos de tráfico o de contenido, se establece un umbral de gravedad del delito, ya que para que sea posible la emisión será necesario que la infracción lleve aparejada una pena máxima privativa de libertad de al menos 3 años. No obstante, dicho umbral no es aplicable a las infracciones cometidas por medio de un sistema de información, como los delitos cibernéticos, ni a los delitos relacionados con el terrorismo o a los delitos relacionados con los abusos sexuales y la explotación sexual de menores (considerandos 40 y 41 Reglamento 2023/1543). De igual manera, el artículo 5 establece limitaciones adicionales en materias específicas (secreto profesional, inmunidades, privilegios, libertad de prensa o expresión). Por su parte, la emisión de un EPOC-PR, como se desprende de los tres primeros apartados del artículo 6, estará sometida a menos requisitos, ya que, en estos casos, sólo se exigirá que la orden sea necesaria y proporcional para evitar la retirada, borrado o alteración de los datos, teniendo en cuenta los derechos de la persona sospechosa o acusada. Asimismo, deberá ser posible emitirla en las mismas condiciones para un asunto nacional similar, o para ejecutar una pena o medida de al menos 4 meses de privación de libertad; sin que se establezca umbral de gravedad de delito (considerando 49 Reglamento 2023/1543).

84. En cualquier caso, y al igual que para la OEI, la emisión se llevará cabo mediante un sistema de formularios normalizados, así como toda la tramitación de ambas órdenes europeas. En particular para la emisión de un EPOC, la autoridad competente tendrá que cumplimentar el certificado previsto en el Anexo I del Reglamento 2023/1543, mientras que para la emisión de un EPOC-PR, el certificado disponible en el Anexo II⁷³. La información que deben incluir se encuentra en los artículos 5.5 y 6.2 del Reglamento, respectivamente, y, además se desprende de los propios Anexos.

85. Por otro lado, una de las grandes ventajas de este nuevo instrumento es la brevedad de los plazos de ejecución para evitar la desaparición de los datos que pueden ser prueba del delito. Así, si lo que se emite es un EPOC, el destinatario garantizará que los datos solicitados se transmitan a la autoridad emisora o las autoridades policiales o judiciales indicadas, a más tardar, en un plazo de 10 días desde la recepción; plazo que, en casos urgentes, se reducirá a 8 horas. Ahora bien, en aquellos supuestos en los que la notificación se tenga que realizar también a la autoridad de ejecución, conforme al artículo 8, el destinatario velará por que el plazo sea el mismo, es decir, 10 días, siempre y cuando la autoridad de ejecución no haga valer alguno de los motivos de denegación del artículo 12.1 del Reglamento. En caso contrario, la autoridad de ejecución podrá notificar, sin demora y a más tardar en un plazo de 96 horas a partir de la recepción, a la autoridad emisora y al destinatario, que se opone al uso de los datos o que los

teriza de información electrónica en proceso penales (...), cit., pp. 45, 55-56, 60, 143-144. Al respecto también se pronuncia E. LARO GONZÁLEZ, “Prueba penal transfronteriza: de la orden europea de investigación a las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas”, *Revista de Estudios Europeos*, vol. 79, 2022, p. 297.

⁷³ Cabe señalar que, al igual que sucede con la OEI, la emisión de un EPOC o un EPOC-PR puede ser también solicitada por una persona sospechosa o acusada, o por un abogado en nombre de dicha persona. Así, el Reglamento intenta aumentar las garantías del proceso, tanto respecto del derecho a la igualdad de partes, como en cuanto al derecho de defensa del investigado [Cfr. O. FUENTES SORIANO, “Prueba penal transfronteriza: la normativa «e-evidence» como complemento de la orden europea de investigación”, en C. ARANGÜENA FANEGO y M. DE HOYOS SANCHO (dirs.), *Hacia un Derecho Procesal Europeo*, Atelier, Barcelona, 2025, p. 241]. Sin embargo, se echa en falta que no se haya incluido la posibilidad de que las víctimas puedan solicitar la emisión de estas órdenes. En este sentido, M. DE HOYOS SANCHO, *La nueva regulación en la Unión Europea sobre obtención transfronteriza de información electrónica en proceso penales (...)*, cit., pp. 32.

datos solo pueden utilizarse en las condiciones que especifique (art. 10.1-4 Reglamento 2023/1543)⁷⁴. Por su parte, en la ejecución de un EPOC-PR, el destinatario conservará, sin demora indebida, los datos solicitados teniendo la obligación de hacerlo durante 60 días, salvo que la autoridad emisora, mediante el formulario contenido en el anexo V, confirme que se ha emitido una solicitud posterior de entrega. De ser así, dicho plazo podrá ser prorrogado por un período adicional de 30 días, para lo cual la autoridad emisora tendrá que cumplimentar el anexo VI (art. 11.1-2 Reglamento 2023/1543)⁷⁵.

86. Queremos incidir también en una de las cuestiones que, por el momento, ya ha generado gran controversia en relación con este nuevo instrumento, esta es, la amplitud de motivos de oposición con los que cuentan los prestadores de servicios, así como los motivos de denegación disponibles para la autoridad de ejecución; puesto que es posible que dificulten la obtención de la información necesaria⁷⁶. Por motivos de espacio, no podemos enumerarlos, así como tampoco adentrarnos en su tramitación, pero sí conviene resaltar los siguientes extremos. En concreto, y además de los motivos iniciales de denegación del artículo 12.1, con los que contará la autoridad de ejecución cuando se le notifique un EPOC para obtener datos de tráfico o de contenido, también dispondrá de los motivos enumerados en el artículo 16.5-6 del Reglamento. Esto será así para el caso de que el destinatario no cumpla en plazo sin facilitar motivos que sean aceptados por la autoridad emisora, o si la autoridad de ejecución, en los supuestos en los que sea notificada, no invoca tampoco motivo alguno. En estos casos, la autoridad emisora podrá solicitar a la autoridad de ejecución que ejecute el EPOC o el EPOC-PR. Por su parte, la autoridad de ejecución podrá reconocer directamente la orden en cuestión, salvo que considere que son de aplicación alguno de los motivos previstos en el artículo 16. Pero, en caso contrario, requerirá al destinatario para que cumpla la orden, y le informará de los motivos de oposición (que son igualmente los del artículo 16.5-6), de las sanciones en caso de incumplimiento, y del plazo para cumplir la orden o manifestar su oposición. Cabe resaltar que los motivos del artículo 16.5-6 son comunes para un EPOC y un EPOC-PR; con la excepción de que un EPOC de datos de tráfico y de contenido cuenta, además, con un motivo específico, el del art. 16.4 b). Además, otra peculiaridad es que de los motivos contemplados en el artículo 16, el relativo a la vulneración de los derechos fundamentales, sólo podrá ser alegado, en su caso, por la autoridad de ejecución [art. 16.3 a), 4 g) y 5 f) Reglamento 2023/1543].

87. A su vez, los destinatarios tienen la opción de informar sobre la imposibilidad de dar cumplimiento a un EPOC o un EPOC-PR tras su recepción, para lo cual harán uso del Anexo III, acogiéndose a alguno de los motivos contemplados en el artículo 10.5-8 para el supuesto del EPOC, o del artículo 11.4-7 en el caso de un EPOC-PR. Motivos que coinciden en gran medida con los contemplados en el artículo 16.5-6 del Reglamento⁷⁷. En cualquier caso, téngase en cuenta que el artículo 15 impone a los Estados miembros la obligación de establecer un régimen de sanciones pecuniarias, sin perjuicio de lo dispuesto en los Derechos nacionales, las cuales tienen que ser eficaces, proporcionales y disuasorias, ya que esta es la única manera de asegurar el cumplimiento por parte de los destinatarios de las órdenes, y por ende su efectividad. En concreto, podrán imponerse sanciones pecuniarias de hasta el 2 % del total del volumen anual de negocios mundial del ejercicio precedente del prestador de servicios.

⁷⁴ En su caso, la denegación por parte de la autoridad de ejecución, en base a uno de los motivos de denegación del artículo 12.1 no será automática, si no que previamente tendrá que ponerse en contacto con la autoridad emisora para intentar alcanzar una solución (art. 12.3 Reglamento 2023/1493).

⁷⁵ En cambio, en cuanto a los plazos de la OEI, dispone el artículo 12 de la DOEI que, la autoridad de ejecución adoptará la resolución de reconocimiento o ejecución a más tardar en 30 días después de la recepción, plazo que puede prorrogarse en un máximo de 30 días. Asimismo, la autoridad de ejecución llevará a cabo la medida de investigación a más tardar 90 días después de la adopción de dicha resolución.

⁷⁶ En este sentido, O. FUENTES SORIANO, "Prueba penal transfronteriza: la normativa «e-evidence» como complemento de la orden europea de investigación", cit., p. 257; y L. GÓMEZ AMIGO, "Estudio de las órdenes europeas de producción y conservación: (...)", cit., p. 82.

⁷⁷ Como señala GÓMEZ AMIGO, aunque la técnica legislativa sea defectuosa, en realidad, si se acude al Anexo III, puede comprobarse que los motivos del artículo 16 y los de los artículos 10 y 11 son coincidentes. Cfr. L. GÓMEZ AMIGO, "Estudio de las órdenes europeas de producción y conservación: (...)", cit., p. 80.

88. Para finalizar, cabe indicar que el Reglamento contempla, en su artículo 17, un procedimiento de reexamen para aquellos casos en los cuales el destinatario considere que la ejecución de un EPOC entraría en conflicto con una obligación en virtud del Derecho aplicable de un tercer país. Asimismo, en su artículo 18 prevé las vías de recurso efectivas; sin embargo, estas también están limitadas a los supuestos de emisión de un EPOC.

IV. Especial referencia a la transmisión digitalizada de la prueba penal transfronteriza a través del sistema e-Codex

89. No queremos concluir el presente trabajo sin antes referirnos a uno de los aspectos claves para la eficacia de la obtención de prueba penal transfronteriza en la práctica, este es, su transmisión digitalizada; a la que además contribuye el hecho de que su tramitación sea rija por un sistema de formularios normalizados. En concreto, gracias al ya citado Reglamento e-CODEX, contamos actualmente con un sistema informático descentralizado del cual, entre otros instrumentos, se nutre actualmente la OEI, y en un futuro lo harán también el EPOC y el EPOC-PC.

90. Comenzando por la OEI, para su emisión la autoridad competente tendrá que cumplimentar el formulario contenido en el Anexo A de la DOEI o, excepcionalmente, el Anexo C para los supuestos de interceptación de telecomunicaciones sin la necesidad de asistencia técnica del Estado de ejecución (Anexos III y XV, respectivamente, de la LRM)⁷⁸. Según el artículo 7 de la DOEI, el formulario se transmitirá a la autoridad de ejecución por cualquier medio que pueda dejar constancia escrita en condiciones que permitan al Estado de ejecución establecer su autenticidad; transmisión que se realizará de manera directa entre ambas autoridades⁷⁹. Y como indica el considerando 13, con la finalidad de garantizar la transmisión de la OEI a la autoridad competente del Estado de ejecución, la autoridad de emisión puede utilizar cualquier medio de transmisión posible o pertinente, por ejemplo, el sistema de telecomunicaciones seguro de la Red Judicial Europea, Eurojust u otros canales utilizados por las autoridades judiciales o policiales. Aunque, en el texto de su articulado, la DOEI sólo hace referencia expresa al sistema de telecomunicaciones de la Red Judicial Europea (art. 7.4 DOEI). Añadiendo que, para el caso de que la autoridad de emisión no conozca la identidad de la autoridad de ejecución, podrá realizar las averiguaciones necesarias, incluso a través de los puntos de contacto de la Red Judicial europea (art. 7.5 DOEI)⁸⁰.

91. Pues bien, junto al sistema tradicional de intercambio de información entre autoridades judiciales –basado en el envío por correo postal o por medio electrónicos que no ofrecen garantías de

⁷⁸ Aunque del contenido de los formularios se deduce la información necesaria para cumplimentarlos, el artículo 5.1 de la DOEI indica los extremos mínimos que deben contemplarse en el Anexo A. De donde se desprende que no es necesario remitir la resolución judicial en cuestión o, en su caso, la resolución validada por una autoridad judicial [Cfr. C. ARANGÜENA FANEGO, “Orden Europea de Investigación (...)”, cit. p. 325]. Ello ha llevado a indicar que nos encontramos ante la idea de crear un certificado europeo, como sucede ya con la ODE, que produce efectos por sí solo mediante el Anexo A, sin necesidad de acompañar resolución alguna [En este sentido, M. JIMENO BULNES, “Orden europea de investigación en materia penal”, en M. JIMENO BULNES (dir.), *Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar*, Bosch, Madrid, p. 172]; así como que el formulario correctamente cumplimentado tiene la consideración de título judicial [En este sentido, F. JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, “Orden europea de investigación”, en A. JUANES PECES (dir.), *Cooperación jurídica penal internacional*, Memento experto Francis Lefebvre, Madrid, 2016, p. 391].

Incluso, por lo que a nuestro ordenamiento se refiere, el artículo 7.1 de la LRM lo indica expresamente, al señalar que la emisión de una OEI “se documentará exclusivamente a través del formulario correspondiente”. Sin embargo, los problemas surgidos en la práctica recomiendan adjuntar al impreso de la OEI una copia traducida de la resolución nacional que acuerde la diligencia de investigación o prueba, para evitar, así, una denegación del reconocimiento y ejecución de la OEI por parte del Estado de ejecución (Sobre esta cuestión véase, M. DE HOYOS SANCHO, “Algunas dificultades en la aplicación práctica de la orden europea de investigación”, cit., pp. 515-516).

⁷⁹ Sin perjuicio de que cada Estado miembro pueda designar una autoridad central o, si lo prevé su sistema jurídico, más de una para asistir a las autoridades competentes; pudiendo asignarles la función de transmisión y recepción administrativas de la OEI y de la correspondencia oficial relativa al mismo (art. 7.3 DOEI).

⁸⁰ <https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn2021/AtlasChooseCountry/EN> (última consulta: 10/12/2025).

seguridad—, el cual ha sido tachado de obsoleto por generar demoras en los procedimientos de cooperación⁸¹, contamos actualmente con el sistema e-CODEX, regulado por el Reglamento e-CODEX. En virtud del cual se pretenden modernizar los sistemas judiciales mediante la digitalización de la cooperación judicial transfronteriza, y cuya gestión operativa está encomendada a la Agencia eu-LISA. Tal y como establece el articulado del Reglamento, nos encontramos ante un sistema descentralizado e interoperable para la comunicación transfronteriza con el fin de facilitar el intercambio de datos —en particular, cualquier contenido transmisible en formato electrónico— de manera rápida, segura y fiable en el ámbito de la cooperación judicial (art. 3.1 Reglamento e-CODEX). Por ejemplo, documentos, formularios jurídicos, pruebas u otra información. En concreto, se trata de un paquete de componentes de software que permite conectar los sistemas judiciales nacionales de los Estados miembros a través de un punto de acceso, el cual se compone de una pasarela, que posibilita el intercambio seguro de información entre los distintos puntos de acceso nacionales autorizados, y de un conector, que permite vincular los sistemas conectados con la pasarela con la finalidad de estructurar, registrar y vincular los mensajes; verificar su integridad y autenticidad; y crear evidencias temporales de su recepción (art. 5 Reglamento e-CODEX)⁸².

92. El sistema e-CODEX surge como respuesta a la ausencia de planificación y coordinación entre los Estados miembros de sus sistemas informáticos, al desarrollarlos de manera independiente, originando así una falta de interoperabilidad entre ellos. En este contexto, y entre las distintas iniciativas impulsadas para poder conseguir tal interoperabilidad, una de ellas fue la creación de este sistema. Así, entre 2010 y 2016 veintiún Estados miembros, con la participación de terceros países, territorios y organizaciones⁸³, desarrollaron el Proyecto e-CODEX, que fue implementado mediante diversos proyectos piloto⁸⁴. Estos demostraron el potencial del sistema para digitalizar la cooperación judicial transfronteriza y, como consecuencia, el Proyecto e-CODEX fue incorporado al *Plan de Acción 2019-2023 relativo a la Justicia en Red Europea*⁸⁵, culminando, tras una primera Propuesta de Reglamento⁸⁶, en la aprobación del Reglamento e-CODEX⁸⁷.

93. En particular, debemos referirnos al proyecto piloto “EVIDENCE2e-CODEX” para el intercambio de información y pruebas electrónicas en el ámbito de la OEI y de la asistencia judicial mutua en materia probatoria⁸⁸. Es más, fuera ya de la fase de pruebas, nuestro país fue el primero en emitir una orden europea de investigación; produciéndose el intercambio, en mayo de 2022, entre el Juzgado Central número 5 de la Audiencia Nacional y la Fiscalía alemana de Colonia, a través del Portal e-EDES de la Comisión Europea, cuya implantación fue liderada por España, y está prestando soporte a otros países. Asimismo, España fue el segundo país en recibir su primera orden europea de investigación, a través del Portal e-EDES, enviada por Portugal en julio de 2022⁸⁹. Este portal se

⁸¹ En este sentido, E. LARO GONZÁLEZ, “Prueba penal transfronteriza: (...)”, cit, p. 299-301.

⁸² Como apunta GASCÓN INCHAUSTI, el sistema e-CODEX “no sustituye a las aplicaciones informáticas utilizadas a nivel nacional: solo armoniza los puntos centrales de entrada, para hacer posibles los intercambios de comunicación transfronterizos” [F. GASCÓN INCHAUSTI, “La digitalización de la cooperación judicial civil en la Unión Europea: algo nuevo, algo viejo, algo prestado y algo azul”, en L. MARTÍNEZ VELENCOSO y J. PLAZA PENADÉS (dirs.), *Retos normativos del mercado único digital europeo*, 2022, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 202].

⁸³ En concreto, Alemania, Austria, Bélgica, Chequia, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, Rumanía, Jersey, Noruega, Turquía, CCBE y CNUE.

⁸⁴ Sobre los distintos Proyectos Piloto, puede verse, L. DOMÍNGUEZ RUIZ, “El sistema e-Codex: un paso más en la digitalización de la cooperación judicial transfronteriza”, en F. BUENO DE MATA (dir.), *FODERTICS 12.0. Innovación legal y eficiencia digital*, Comares, Granada, 2024, pp. 89-100.

⁸⁵ DOUE C 96, de 13 de marzo de 2019.

⁸⁶ COM (2020) 712 final, de 2 de diciembre de 2020.

⁸⁷ Cfr. L. DOMÍNGUEZ RUIZ, “Obtención transfronteriza de pruebas civiles o mercantiles: el Reglamento (UE) 2020/1783 y su apuesta por una cooperación judicial digitalizada”, *Revista de Estudios Europeos*, n° 86, 2025, pp. 22-23.

⁸⁸ La información sobre este proyecto puede consultarse en: <https://evidence2e-codex.eu/a/matching-evidence-to-ecodex> (última consulta 10-12-2025).

⁸⁹ Cfr. DOMÍNGUEZ RUIZ, L., “Obtención de prueba penal transfronteriza en la Unión Europea: la orden europea de investigación”, en A. HERNÁNDEZ LÓPEZ, y E. LARO GONZÁLEZ (dirs.), *Proceso penal europeo: últimas tendencias, análisis y perspectivas*,

soporta en el punto de acceso e-Codex del Ministerio de Justicia, que habilita el intercambio de mensajes entre los diferentes Estados miembro con todas las garantías de seguridad y jurídicas requeridas. Además, también permite el intercambio de otros instrumentos de cooperación judicial internacional como las ya mencionadas solicitudes de asistencia judicial mutua en materia probatoria. E igualmente, está previsto que el portal vaya incorporando otros instrumentos como, por ejemplo, los futuros EPOC y EPOC-PR⁹⁰. En definitiva, el portal e-EDES es una herramienta desarrollada para aumentar la eficiencia en la cooperación judicial al permitir intercambios transfronterizos directos entre las autoridades competentes.

94. Con todo, el Reglamento e-CODEX no impone el uso obligatorio del sistema, por lo que hasta que todos los Estados miembros no instaurasen la tramitación electrónica de los procedimientos, ni contasen con puntos de acceso e-CODEX en sus ordenamientos, un sistema de tales características no sería realmente eficaz a nivel europeo. Sin embargo, como indicamos en las primeras páginas de este trabajo, contamos con el RDJC, el cual, entre otros, se aplica a la DOEI (anexo II RDJC)⁹¹, y regula normas que establezcan un canal electrónico seguro basado en e-CODEX. En concreto, apuesta por un sistema descentralizado que debe estar compuesto por sistemas finales de los Estados miembros y los órganos y organismos de la Unión, así como por puntos de acceso interoperables, a través de los cuales estén interconectados. Debiendo basarse en e-CODEX los puntos de acceso del sistema informático (considerando 20 RDJC), y para ello se dispone la creación de un punto de acceso electrónico europeo en el Portal Europeo de e-Justicia (art. 4.1 RDJC)⁹². Lo característico de este nuevo instrumento es que sí impone la comunicación digital entre los órganos jurisdiccionales y las autoridades competentes; aunque la transmisión podrá realizarse también por la vía alternativa más rápida y adecuada que garantice un intercambio de información seguro y fiable, si no fuese posible la comunicación electrónica por la interrupción del sistema informático descentralizado, por la naturaleza física o técnica del material transmitido, o por causa de fuerza mayor (art. 3.1-2 RDJC). Esto es lo que se conoce como la máxima “digital by default”⁹³. Por tanto, con las salvedades indicadas, la comunicación digital será obligatoria entre los órganos jurisdiccionales y las autoridades competente.

95. Pero, además de las excepciones indicadas, el RDJC dispone en su articulado que también podrán utilizarse otros medios de comunicación cuando el uso del sistema informático descentralizado no resulte adecuado en una determinada situación. En estos casos, las autoridades competentes deberán velar para que el intercambio de información se efectúe de manera segura y fiable (art. 3.3 RDJC). Sin embargo, este apartado no es aplicable al intercambio de formularios establecidos en los actos jurídicos a los que es de aplicación el RDJC, entre los que se encuentra la DOEI (art. 3.4 RDJC); pudiendo acogerse estos solo a las excepciones contempladas en el artículo 3.2 del RDJC. Aun así, el Reglamento precisa en su artículo 4.II que, en los casos en que las autoridades competentes de Estados miembros distintos estén presentes en el mismo lugar de un Estado miembro para asistir en la ejecución de los procedimientos de cooperación judicial con arreglo a los actos jurídicos contemplados en el anexo II, dichas autoridades podrán intercambiar los formularios por otros medios adecuados si fuese necesario por motivos de urgencia; con el deber también de velar para que el intercambio de formularios se efectúe de manera segura y fiable. En definitiva, salvo las excepciones indicadas, la transmisión de la OEI

Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, pp. 189-191.

⁹⁰ Sobre el Portal e-EDES puede verse: <https://www.administraciondejusticia.gob.es/-/soluciones-portal-eedes> (última consulta 10-12-2025) y <https://www.youtube.com/watch?v=n0A3ZaRY1xE> (última consulta 10-12-2025).

⁹¹ En concreto, el RDJC, en su anexo II, enumera los actos jurídicos en el ámbito de la cooperación judicial penal a los que es aplicable.

⁹² Un análisis sobre el punto de acceso electrónico europeo puede verse en F. GASCÓN INCHAUSTI, “El nuevo reglamento sobre digitalización de la cooperación judicial en la Unión Europea”, en H. SOLETO, R. LÓPEZ JIMÉNEZ, A. ARNÁIZ SERRANO y S. OUBIÑA BARBOLLA (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Víctor Moreno Catena. Volumen I*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2025, pp. 103-107.

⁹³ Sobre la máxima “digital by default” véase, M. AGUILERA MORALES, “La cooperación judicial civil en la Unión Europea: el llamado principio digital by default”, en L. MARTÍNEZ VELENCOSO y J. PLAZA PEDADÉZ, *Retos normativos del mercado único digital europeo* (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 31-34.

entre las autoridades competentes se tiene que realizar de manera digital, mediante los puntos de acceso autorizados de e-CODEX disponibles en los distintos Estados miembros⁹⁴.

96. Pasando a los EPOC y EPOC-PR, dispone el Reglamento 2023/1543 en su artículo 19 que la comunicación entre las autoridades competentes y los establecimientos designados o los representantes legales de los prestadores de servicios, incluido el intercambio de formularios, así como los datos solicitados en virtud de dichas órdenes, se llevará a cabo mediante un sistema informático descentralizado; igualmente, en aquellos casos en los que intervenga la autoridad competente del Estado de ejecución. Sin embargo, esta obligación de comunicación no tendrá lugar hasta un año después de que la Comisión adopte los actos de ejecución necesarios para el establecimiento y utilización de dicho sistema informático, a los que se refiere en su artículo 25. Al respecto, contamos ya con el Reglamento 2025/1550, en vigor desde el 18 de agosto de 2025, de manera que, en principio, hasta septiembre de 2026 no se hará uso del sistema informático descentralizado. No obstante, mientras tanto, establece el artículo 24 del Reglamento 2023/1543 que las comunicaciones se realizarán por los medios alternativos más adecuados, que garanticen un intercambio de información rápido, seguro y fiable. Y, de igual manera, se podrán establecer plataformas especializadas u otros canales seguros para tramitar las solicitudes de datos.

97. Lógicamente por la fecha de publicación del RDJC, el Reglamento 2023/1543 no está contemplado en su anexo II, pero, en cualquier caso, vemos como éste último impone el uso obligatorio del sistema informático descentralizado, incluyendo también en su articulado la máxima “digital by default”. En este sentido, dispone el Reglamento 2023/1543, en su artículo 19.5, que cuando la comunicación electrónica “no sea posible debido, por ejemplo, a la interrupción del sistema informático descentralizado, a la naturaleza del material transmitido, a limitaciones técnicas como el tamaño de los datos, a restricciones jurídicas relativas a la admisibilidad como prueba de los datos solicitados o a requisitos forenses aplicables a los datos solicitados, o a circunstancias excepcionales”, la transmisión se realizará de la misma manera que hasta que entre en funcionamiento el sistema informático descentralizado, es decir, por los medios alternativos más adecuados, que garanticen un intercambio de información rápido, seguro y fiable. Aunque, incide el artículo 19 que, dicho medio alternativo debe, además, permitir al destinatario establecer su autenticidad. Del mismo modo, este precepto, en su apartado 6, añade una novedad no incluida por ejemplo en el RDJC. Así, cuando la transmisión tenga que efectuarse por medios alternativos por darse alguno de los supuestos anteriores, la persona que realice la transmisión tendrá que registrarla en el sistema informático descentralizado sin demora indebida, incluyendo en su caso la fecha y hora de la transmisión, el remitente y el destinatario, y el nombre del archivo y su tamaño. Obligación que además es desarrollada y concretada por el Reglamento 2025/1550 en su apartado 3.3.

98. Finalmente, señalar que una vez que se utilice el sistema informático descentralizado en la tramitación de un EPOC o EPOC-PR, los puntos de acceso de dicho sistema se basarán en puntos de acceso e-CODEX autorizados (considerandos 2-4 y apartado 3.1 Reglamento 2025/1550), por lo que nos remitimos a lo ya analizado al respecto. Teniendo en cuenta que la Comisión se encargará de la creación, mantenimiento y desarrollo de un programa de aplicación de referencia, para que los Estados miembros, si así lo desean puedan utilizarlo como sistema de fondo en vez de utilizar un sistema informático nacional (art. 22.1 Reglamento 2023/1543 y considerando 4 y apartado 5.4 Reglamento 2025/1550). Y siendo además necesario, en general, para el buen funcionamiento del sistema informático descentralizado, establecer una base de datos autorizada sobre los proveedores de servicios y las autoridades competentes (apartado 8.1 Reglamento 2025/1550).

⁹⁴ Actualmente, y según la información disponible en la página de eu-LISA, los países que cuentan con puntos de acceso e-CODEX para poder transmitir una OEI son los siguientes: Austria, Bélgica, Bulgaria, Chequia, Alemania, Estonia, España, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Lituania, Luxemburgo, Rumanía, Suecia y Eslovenia. <https://www.eulisa.europa.eu/activities/large-scale-it-systems/e-codex/access-points> (última consulta 10-12-2025).

VI. Reflexión final

99. No cabe duda de que la OEI ha supuesto un antes y un después en materia de prueba penal transfronteriza en la Unión Europea, siendo numerosas las ventajas que este nuevo instrumento conlleva en la práctica. No obstante, teniendo en cuenta la falta de uniformidad por parte de la DOEI en algunas materias y, por ende, la regulación propia de cada EM al respecto, así como también el hecho de que algunos Estados, en determinados aspectos, no sigan la regulación marcada por la Directiva, son varias las cuestiones prejudiciales que se han ido planteando. En este contexto, la jurisprudencia del TJUE ha desempeñado, por lo general, un papel esencialmente clarificador, imponiendo a los Estados miembros la necesidad de adaptar sus regulaciones a los pronunciamientos realizados.

100. Pese a ello, la OEI se ha consolidado como un instrumento ampliamente utilizado por las autoridades competentes para la obtención de pruebas transfronterizas; favorecido, además, por la posibilidad de su tramitación digitalizada a través del sistema e-Codex. En este sentido, el RDJC ha supuesto un avance significativo al imponer la misma de manera obligatoria, salvo en los supuestos expresamente previstos. Con todo, la falta de utilización del sistema por parte de algunos Estados evidencia la necesidad de una adaptación progresiva a esta nueva realidad, imprescindible para garantizar la eficacia práctica de este instrumento.

101. Ahora bien, el auge de nuevas formas de delincuencia y la urgencia de evitar la desaparición de pruebas electrónicas, ha hecho necesaria la creación del EPOC y del EPOC-PR. Así, se espera que, una vez entre en vigor el Reglamento 2023/1543, estas nuevas órdenes contribuyan a suplir determinadas carencias de la OEI en relación con este tipo de pruebas. Si bien algunos extremos de su regulación son cuestionables, tal y como hemos puesto de manifiesto en el presente trabajo, será su aplicación práctica la que determine si efectivamente permiten facilitar y acelerar el acceso a las pruebas electrónicas por parte de las autoridades judiciales y policiales.

102. En cualquier caso, si echamos la vista atrás, no podemos más que celebrar los avances conseguidos hasta ahora en materia de prueba penal transfronteriza en la Unión Europea; aunque la armonización de la admisibilidad probatoria siga siendo uno de los grandes desafíos para la plena efectividad de los instrumentos analizados.

Circulación de documentos en la Unión Europea y libre circulación de personas a debate

Circulation of documents in the European Union and free movement of people under debate

GLORIA ESTEBAN DE LA ROSA

Catedrática de Derecho internacional privado

Universidad de Jaén

ORCID: 0000-0003-1699-7493

Recibido: 07.11.2025 / Aceptado: 14.01.2026

DOI: 10.20318/cdt.2026.10270

Resumen: La evolución que ha experimentado el derecho de los ciudadanos europeos a la libre circulación de personas tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam y, en especial, tras algunas decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha de ser analizada también desde el punto de vista de su incidencia en la circulación de documentos. En especial, de los que acreditan los datos y las relaciones o situaciones personales. En el momento actual, el citado derecho permite la circulación de los documentos en la Unión Europea, sin ningún tipo de trabas ni obstáculos, salvo que su contenido sea incompatible con el orden público.

Palabras clave: documentos, circulación de documentos, libre circulación de personas, Unión Europea, circunstancias personales, ciudadanos europeos.

Abstract: The evolution of the right of European citizens to free movement of persons following the entry into force of the Treaty of Amsterdam, and especially following certain decisions of the Court of Justice of the European Union, must also be analyzed from the perspective of its impact on the circulation of documents. This is particularly true for documents that certify personal data or personal relationships or circumstances. Currently, this right allows the free circulation of documents within the European Union without any impediments or obstacles, unless their content is incompatible with public policy.

Keywords: documents, circulation of documents, free movement of persons, European Union, personal circumstances, European citizens

Sumario: I. Introducción. II. Libertad de circulación de personas y presentación de documentos. 1. Hacia la simplificación de la vida del ciudadano móvil en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. 2. El Reglamento 2016/1191, de 6 de julio. C) El TJUE y la plena circulación de documentos. III. Noción de circulación en el actual Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. 1. Del reconocimiento a la circulación de documentos. 2. En particular, las certificaciones registrales. IV. ¿Reconocimiento funcional versus principio de efectividad? 1. ¿En qué consiste el reconocimiento funcional? 2. El principio de efectividad. V. Conclusiones.

I. Introducción

1. La comunitarización de la cooperación judicial civil transfronteriza (en adelante, CJC), tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam (TA)¹ y del posterior Tratado de Lisboa (en adelante, TL)², conforme al actual art. 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), no sólo ha implicado importantes cambios en las fuentes del sistema de DIPr, sino también en su configuración³.

En particular, el nuevo DIPr europeo se caracteriza por haber mitigado la idea de reconocimiento (recíproco o automático, esto es, sin procedimiento o controles de la decisión o del documento extranjero en destino), que está siendo sustituida por otra, la circulación de todo tipo de decisiones y documentos, a medida que se va poniendo en práctica el criterio del “reconocimiento mutuo” (control en origen)⁴.

2. La diferencia entre estas dos nociones, circulación y reconocimiento, está adquiriendo cada vez más importancia, porque no sólo está presente en relación con la nueva normativa europea, sino que también se emplea con frecuencia en la práctica, en especial, a raíz de determinados pronunciamientos del TJUE, en los que queda claro que no es lo mismo ampliar el derecho a la libre circulación de los nacionales de la UE (esto es, hacerlo lo más efectivo posible), que permitir que determinadas circunstancias personales o familiares consten en un Registro civil (en adelante, RC) de un Estado parte cuando han sido adquiridas o modificadas en otro⁵.

En todo caso, no significa lo mismo la circulación de las circunstancias de estado civil de los ciudadanos (o de los nacionales de terceros Estados, llegado el caso), que su reconocimiento de pleno Derecho, como indica el TJUE (as. Pancharevo, C-490/20, de 14 de diciembre de 2021, entre otros)⁶. El segundo concepto alude a los aspectos relativos al ejercicio de los derechos por los particulares, en concreto, los que tienen relación con su vida cotidiana y, en especial, con sus situaciones personales y familiares. El reciente as. Trojan (2025), entre otros, es un buen ejemplo de este supuesto⁷.

¹ El Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos se publicó en el *DOCE* Serie C n° 340, de 10 de noviembre de 1997 y en el *BOE* n° 109, de 7 de mayo de 1999.

² *DOUE*, Serie C, n° 306/57, de 17 de diciembre de 2007. El texto consolidado del TL está publicado en el *DOUE*, de 9 de mayo de 2008.

³ El citado art. 81 del TFUE dispone que: “la Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza basada en el principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales”.

⁴ Como señala la doctrina, “las decisiones judiciales extranjeras están desprovistas de eficacia fuera del ámbito de la jurisdicción en que fueron dictadas, al ser actos de una jurisdicción extranjera. Esto explica que su eficacia se condicione en el Estado requerido a una serie de requisitos formales y sustantivos de distinta intensidad según que el litigio principal y su reconocimiento se susciten dentro o fuera de un ámbito de integración” (véase, M. GUZMÁN ZAPATER, “Un elemento federalizador para Europa: el reconocimiento mutuo en el ámbito del reconocimiento de decisiones judiciales”, *RDCE*, n° 10, 2001, p. 426).

⁵ Puede ser el caso del nombre o de los apellidos de una persona, que han sido modificados tras el nacimiento por razón de un cambio de sexo, p.ej.

⁶ El primero se refiere a la libre circulación de personas y a la efectividad de su ejercicio. En concreto, el cdo. 57 del as. Pancharevo señala que: “tal obligación no supone que el Estado miembro del que es nacional la menor contemple en su Derecho nacional la parentalidad de personas del mismo sexo ni que reconozca, con fines distintos del ejercicio de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a la menor, el vínculo de filiación entre ella y las personas mencionadas como progenitoras en el certificado de nacimiento emitido por las autoridades del Estado miembro de acogida (Sent. Coman, apdos. 45 y 46)” (Sent. de 14 de diciembre de 2021, as. 490/20). De ahí, que un sector doctrinal emplee la idea de “reconocimiento funcional” para explicar la forma en la que procede el Alto Tribunal para dar respuesta al caso, sobre la que se volverá *infra*. Véase, J. MEEUSEN, “Functional recognition of same-sex parenthood for the benefits of mobile Union citizens- Brief comments on the CJEU’s Pancharevo judgement”, <https://gedip-egpil.eu/> (consultado el 6 de julio de 2025).

⁷ Cabe referirse al reciente y relevante as. Jakub Cupriak-Trojan y Mateusz Trojan c. Wojewoda Mazowiecki, resuelto por el TJUE, por Sent. de 25 de noviembre de 2025. Se trataba de una pareja homosexual, de nacionalidad polaca, que había contraído matrimonio en Alemania. El hecho de que no se hubiese permitido el acceso (transcripción) al Registro Civil polaco del matrimonio estaba impidiendo que la pareja tuviese la consideración de marital a los efectos del desarrollo de su vida profesional, familiar y personal con arreglo a este estatus en su Estado de origen (Polonia), con los inconvenientes que esta situación les estaba ocasionando (cdos. 50-52). Considera el TJUE que tal falta de transcripción del matrimonio en el RC polaco es incompatible con el derecho a la libre circulación, no existiendo razones de interés general ni de orden público

Por tanto, se trata de dos nociones, circulación y reconocimiento, que es necesario diferenciar y clarificar para entender en qué casos cabe emplear cada una de ellas y qué significan, en especial, cuando está en juego el derecho a la libre circulación de los nacionales de la UE, debiendo también aclarar el significado de la idea de “reconocimiento funcional”, que emplea la doctrina (véase *infra*).

3. Por otro lado, el tratamiento del derecho a la libre circulación de personas es indisociable del tema de los efectos de los documentos, que acreditan determinado estado civil o circunstancias personales o familiares del ciudadano europeo. De ahí que sea necesario referirse al modo de circulación de los documentos en la UE en orden a hacer efectivo dicho derecho. Y, en concreto, a la noción misma de circulación, que se relaciona, sin duda, con los objetivos o propósitos que trata de conseguir la UE a través de la creación del actual espacio de libertad, seguridad y justicia (en adelante, ELSJ), como se verá *infra*.

4. La cuestión se centra, en particular, en los “efectos de los documentos” (empleando una terminología conocida en el ámbito del clásico DIPr) en relación con la posibilidad de alegar las circunstancias personales o familiares que constatan ante las AAPP de otro Estado parte, ante un Registro civil, para la obtención de una certificación o la expedición de un documento (p.ej., de identidad)⁸. De hecho, podría producirse una disociación entre la circulación de documentos y el reconocimiento de su contenido, de forma que sea posible la primera, pero no tenga lugar el segundo⁹. Podría afirmarse –en un principio– que cuando se habla de la circulación, el efecto que despliega el documento es probatorio, mientras que cuando se trata del reconocimiento (de su contenido) estamos en presencia de otro tipo de efecto, p.ej., constitutivo, declarativo o registral.

Sin embargo, no es ésta la diferencia entre estas dos nociones. Cuando el documento circula con efectos probatorios, también despliega un efecto legitimador ante las administraciones públicas (en adelante, AAPP), para el acceso a prestaciones sociales o el ejercicio de acciones judiciales, derivado del documento público otorgado por una autoridad de otro Estado parte, que acredita una circunstancia habilitante, generalmente, sobre el estado civil, para obtener una prestación o un derecho (tal y como se desprende del as. Dafeki)¹⁰. P.ej., es posible emplear ese documento para presentarse como elector o elegible en elecciones municipales en otro Estado miembro de residencia del candidato nacional de la UE (véase *infra*).

5. Por otro lado, la circulación del documento en determinados casos, como sucede con el Certificado Sucesorio Europeo (en adelante, CSE), se hace a todos los efectos (véase *infra*). De ahí que –pueda avanzarse que– la expresión “reconocimiento funcional” para explicar la técnica que emplea el TJUE en determinados asuntos (entre ellos, Pancharevo y Coman) no parece acertada¹¹. En su lugar, cabría considerar la idea de que el documento que circula en la UE (cuando está en juego el derecho que reconoce el art. 21 del TFUE) despliega efectos más o menos limitados. O, dicho de otra forma, cabe referirse a una suerte de “circulación limitada” del documento en determinadas situaciones (como se verá *infra*).

6. En todo caso, la jurisprudencia del TJUE en el ámbito de las libertades tiene cierta autonomía en el nuevo DIPr europeo, que también puede apreciarse cuando se trata de la circulación de do-

admisibles –desde el punto de vista del Alto Tribunal– para impedirlo, a pesar de no estar permitido el matrimonio entre personas del mismo sexo en Polonia.

⁸ Para el tema de los efectos de las decisiones extranjeras y documentos véase ampliamente, F. GARAU SOBRINO, *Los efectos de las resoluciones extranjeras en España*, Tecnos, Madrid, 1992.

⁹ Puede citarse como ejemplo el art. 2, 4º del Reglamento 2016/1191, de 6 de julio de 2016, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea y por el que se modifica el Reglamento 1024/2012, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 16 de febrero de 2019 (*DOCE* L nº 200, de 26 de julio de 2016). Señala que el documento circula a efectos probatorios, pero no se reconoce su contenido.

¹⁰ Véase, P. JIMÉNEZ BLANCO, “La movilidad transfronteriza de matrimonios entre personas del mismo sexo: la UE da un paso. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de junio de 2018, as. C-678/18, Coman”, *La Ley Unión Europea*, nº 61, de 31 de julio de 2018, p. 29.

¹¹ Véase, entre otros, J. MEEUSEN, “Functional recognition of same-sex parenthood for the benefits of mobile Union citizens- Brief comments on the CJEU’s Pancharevo judgement”, <https://gedip-egpil.eu/> (6 de julio de 2025).

cumentos¹². El Alto Tribunal ha construido criterios específicos, con la finalidad de simplificar la vida del ciudadano móvil (como se verá *infra*). De ahí que tenga pleno sentido referirse a la circulación de documentos en la UE cuando está en juego la libre circulación de personas, como un tema a debate.

II. Libertad de circulación de personas y presentación de documentos

1. Hacia la simplificación de la vida del ciudadano móvil en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia

7. Como es sabido, el TA y el posterior TL han situado al ciudadano en el eje en torno al cual gravita la construcción europea, que ha pasado de ser una estructura pensada para el *homo oeconomicus* a convertirse en una zona en la que se suprimen todas las trabas que hacen más compleja la vida del nacional de la UE¹³. En el ELSJ, que se ofrece al ciudadano, tiene que hacerse realidad la libre circulación de personas en condiciones aceptables de seguridad jurídica y política¹⁴.

8. En la actualidad, dicha libertad no consiste ya sólo en la posibilidad de que los nacionales de la UE puedan desplazarse sin obstáculos, sino que se ha transformado en la idea de “protección del ciudadano”¹⁵. En concreto, la Comisión enfatiza el hecho de que se siente la necesidad de una ciudadanía más efectiva en la práctica, “*dadas las dificultades a las que se enfrentan los ciudadanos en su vida cotidiana, especialmente en situaciones transfronterizas*”¹⁶.

Sin duda, entre estas dificultades se encuentra la presentación de documentos y la cuestión de sus efectos en otro Estado parte. Trátese de documentos de identidad, que acrediten el nombre y apellidos, el género de una persona, su relación de parentesco, su filiación, etc. Es necesario que los ciudadanos tengan la idea de que dicha zona europea presenta ventajas y, en concreto, está pensada para favorecer su vida transfronteriza¹⁷.

¹² La citada autonomía se refiere a la existencia de criterios y reglas específicas, que está construyendo el TJUE siempre que está en juego la libre circulación de personas y que están alterando o modulando las reglas generales que se aplican a día de hoy de acuerdo con los instrumentos de origen europeo que se refieren a la cooperación judicial civil o que inciden en la libre circulación de personas, como es el caso del Reglamento 2016/1191, que se analiza *infra*. Esta jurisprudencia también integra y forma parte del nuevo DIPr europeo, en la medida en que se ocupa de dar respuesta a las situaciones entre particulares (nacionales de la UE) que tienen lugar en el espacio transfronterizo que constituye en la actualidad el ELSJ. Véase extensamente, G. ESTEBAN DE LA ROSA, *Derecho internacional privado y nueva noción de circulación de decisiones y documentos (circulación del estado civil en la Unión Europea)*, Colex, Madrid, 2025.

¹³ Es una zona de libertad, seguridad y justicia orientada hacia la resolución de las cuestiones que se le suscitan al ciudadano en su vida diaria en sus relaciones o situaciones transfronterizas. Se trata, en particular, de agilizar y mejorar su vida transfronteriza (ciudadanos móviles). Véase, *Informe de la Comisión sobre la ciudadanía de la UE de 2020*. “La capacitación de los ciudadanos y la protección de sus derechos”, de 15 de diciembre de 2020 (COM/2020/730 final, p. 13).

¹⁴ La libre circulación de los nacionales de la UE ha sido reforzada en dicho espacio, porque, ahora, ha de ser garantizada (art. 3, 2º del TUE). Y para su mayor realización como personas, dada la importancia que han adquirido los derechos humanos en su interior, en particular, tras la adopción de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE por el TL.

¹⁵ De ahí la importancia que ha cobrado el desarrollo de una política en el ámbito de la CJC. Dicha política tiene como objetivo permitir que los nacionales de la UE no vean limitada su vida transfronteriza, en especial, en lo relacionado con sus circunstancias personales, familiares y profesionales, por el sólo hecho de que no se admita en otro Estado parte el nombre (p.ej.) que esta persona ya tiene registrado en otro Estado parte.

¹⁶ Véase, Comisión: “*Informe sobre la ciudadanía de la Unión Europea de 2010. La eliminación de los obstáculos a los derechos de los ciudadanos de la Unión Europea*”, Bruselas, 27 de octubre de 2010, *Documentos COM* (2010) 603, final, p. 3. El Informe del Parlamento Europeo sobre “*Los problemas y perspectivas de la ciudadanía europea*”, de 20 de marzo de 2009, presenta de forma detallada los obstáculos que siguen existiendo al ejercicio transfronterizo de los derechos (*ibid.*, p. 3).

¹⁷ Véase, entre otras, la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: balance del programa de Tampere y futuras orientaciones”, de 2 de junio de 2004. En concreto, indica: “*al permitirles reivindicar sus derechos en la Unión, el desarrollo de la cooperación judicial en el ámbito civil seguirá aportando mejoras tangibles en la vida cotidiana de los ciudadanos y de las empresas. Una de las prioridades deberá consistir en continuar y profundizar los trabajos previstos en el programa de reconocimiento mutuo. Los esfuerzos deberán concentrarse en los ámbitos en los que todavía no existen normas comunitarias de reconocimiento mutuo (como, por ejemplo, consecuencias patrimoniales de la separación de parejas, casadas o no, o sucesiones y testamentos). Además, es posible que resulten necesarios nuevos*

9. Recuérdese, entre otros (a título de ejemplo), el conocido as. Eftalia Dafeki (C-336/94), resuelto por el Alto Tribunal en 1997¹⁸. Señala que: “*las instituciones nacionales competentes en materia de Seguridad social y los órganos jurisdiccionales nacionales de un Estado miembro están obligados a respetar las certificaciones y documentos análogos relativos al estado civil de las personas que emanen de las autoridades competentes de los demás Estados miembros, a menos que existan indicios concretos, referidos al caso de que se trate, que hagan dudar seriamente de su exactitud*”¹⁹.

10. Esto es, el Alto Tribunal considera que el principio del reconocimiento mutuo se extiende a los documentos de estado civil de los otros Estados parte, que se benefician de una presunción de regularidad, al menos, cuando de ellos depende el acceso a una prestación de la Seguridad social²⁰. Y ello, porque: “*no es posible ejercer los derechos derivados de la libre circulación de los trabajadores sin presentar documentos relativos al estado civil de las personas, que generalmente son expedidos por el Estado de origen del trabajador*” (marg. 19)²¹. También cabe referirse a un asunto anterior en el que el TJUE se pronuncia sobre el valor de las certificaciones (As. Bouchara, de 11 de mayo de 1989).

11. Son ya muchas las ocasiones en las que el Alto Tribunal ha seguido insistiendo en la necesidad de liberalizar la circulación de documentos. En todo caso, el Alto Tribunal lo ha expresado de una forma muy clara, al indicar que los nacionales de la UE tienen que presentarse ante autoridades de Estados parte en muchas ocasiones, para acreditar determinadas circunstancias personales o familiares, lo que es una tarea engorrosa y, en ocasiones, dificulta mucho dicha movilidad, existiendo, además, un importante riesgo de confusión sobre los datos personales del individuo.

Es lo que trata de impedir el TJUE con su jurisprudencia sobre cambio de nombre, cambio de nombre y/o apellidos (y de la identidad sexual), como cabe apreciar claramente en el as. Grünkin-Paul

instrumentos de reconocimiento mutuo que no figuraban en el programa inicial. La simplificación del reconocimiento de diversos tipos de documentos será cada vez más importante. En algunos ámbitos como, por ejemplo, el sucesorio, los problemas prácticos de los ciudadanos están a menudo más vinculados a este tipo de cuestiones que al problema tradicional del reconocimiento de las decisiones judiciales. Además, quizás sea conveniente a la larga facilitar el reconocimiento mutuo en otros ámbitos como, por ejemplo, el estatuto civil de las personas, las relaciones familiares o civiles entre personas físicas (asociaciones) o la filiación” (Documentos COM, 401 final, p. 13).

¹⁸ Se trataba de certificaciones del RC expedidas en un Estado parte (Grecia) que se aportaron por la interesada en otro Estado parte (Alemania). En concreto, la Sra. Dafeki, de nacionalidad griega, había solicitado la jubilación anticipada prevista para las mujeres mayores de 60 años por la normativa alemana. Sin embargo, su fecha de nacimiento había sido rectificada y, conforme a lo que disponía el art. 66 de la Ley alemana, los documentos relativos al estado civil de las personas tienen el mismo valor que los libros del RC, pero sólo se aplica a los documentos alemanes. Por tanto, las certificaciones extranjeras no disfrutaban de la presunción de exactitud, de forma que el tribunal al que se ha sometido el asunto procede al examen de los documentos que se le presentan según la regla de la libre apreciación de las pruebas. En este marco, hay una regla jurisprudencial, que establece una presunción, conforme a la cual, en caso de conflicto entre varios documentos sucesivos prevalece el cronológicamente más próximo, si no existen otras pruebas suficientes. Y, por tanto, en este caso prevalece la primera certificación en extracto de la inscripción de nacimiento y la Sra. E. Dafeki no tiene derecho aún al cobro de la prestación por jubilación. Hay que señalar que el Gobierno alemán alega que son muchos los casos en los que los nacionales griegos aportan certificaciones rectificativas de los datos de nacimiento, con la finalidad de poder acceder a la prestación por jubilación y que, generalmente, esta modificación se realiza en beneficio del trabajador. Ha de señalarse que la Comisión de la UE considera que el Derecho comunitario, en su estado actual, no se opone a la práctica alemana (marg. 15).

¹⁹ Nótese que se emplea (en español) la expresión “respetar”, que utiliza el órgano judicial que formula la consulta pre-judicial.

²⁰ Véase, E. PATAUT, “Le renouveau de la théorie des droits acquis”, *Travaux du Comité français de droit international privé*, 2009, p. 90.

²¹ Véanse los comentarios de M. GARDEÑES SANTIAGO, “Les exigences du marché intérieur dans la construction d’un code européen de droit international privé, en particulier, la place de la confiance et de la reconnaissance mutuelle” en, M. FALLON/P. LAGARDE/S. PERROT-PERUZZETTO (dirs.), *Quelle architecture pour un Code européenne de Droit international Privé*, Peter Lag Verlag, Bruselas, 2011, *loc. cit.*, pp. 89 y ss; S. MARINAI, “Aspetti di rilievo internazionale privatistico nella giurisprudenza europea in materia di famiglia” en, B. CAMPUZANO DÍAZ, M. DI FILIPPO, A. RODRÍGUEZ BENOT Y M^a A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Hacia un Derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Comisión Europea/ Univ. de Sevilla, 2008, pp. 185 y ss; E. PATAUT, “Le renouveau...”, *loc. cit.*, p. 90; A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los avances de la normativa comunitaria en el reconocimiento de las resoluciones judiciales en otros sectores del Derecho de familia: régimen económico matrimonial, parejas de hecho, alimentos y sucesiones”, en CDE (ed.), *La libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea*. Actas de Seminarios, Sevilla, 2005, pp. 165 y ss.

(C-353-06), porque el niño ya había sido inscrito en Dinamarca con ambos apellidos. Sucede de este mismo modo en el as. Mirin (2024), en el que el Alto Tribunal entiende que la normativa rumana que obliga al interesado a iniciar un nuevo procedimiento de cambio de identidad de género ante los órganos jurisdiccionales nacionales puede generarle graves inconvenientes de orden administrativo, profesional y privado y puede restringir el ejercicio del derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (marg. 57)²².

12. Precisamente ésta es también el razonamiento que se encuentra tras el As. García Avello (sobre el que se volverá *infra*), sin que el Alto Tribunal ni tan siquiera exigiese que los menores se hubiesen desplazado en el interior de la UE (que, como se sabe, ha sido una tradicional exigencia para estar en presencia de la libre circulación de personas)²³. También cabe citar en este mismo sentido el más reciente as. Trojan (20025) sobre el que se volverá *infra*.

13. Sin embargo, este tipo de inconvenientes aún persisten, a pesar de que el TJUE y las instituciones de la UE han tratado de incidir de forma específica en la simplificación de las exigencias de tipo documental, en orden a facilitar la vida de los nacionales de la UE cuando se desplazan en el interior del ELSJ²⁴. El Reglamento 2016/1191, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016 (con base en el art. 21 del TFUE), participa de esta misma lógica: protección de los nacionales de la UE²⁵.

2. El Reglamento 2016/1191, de 6 de julio

14. No son pocos los esfuerzos que se han desplegado para facilitar la presentación de documentos por los ciudadanos móviles en el actual ELSJ. En particular, en el conocido Libro Verde “Menos requisitos administrativos para los ciudadanos”, se ocupa la Comisión de facilitar la circulación de los documentos como vía para simplificar la vida transfronteriza de los nacionales de la UE²⁶. Cabe notar que el título de la citada iniciativa emplea la palabra circulación.

15. En concreto, el objetivo del Reglamento 2016/1191 es simplificar la presentación de documentos cuando se trate de establecer en otro Estado parte alguno de los hechos que indica su art. 2, 1^o²⁷.

²² Esta normativa sólo podría justificarse si se basara en consideraciones objetivas y fuera proporcionada al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional y si es conforme con los derechos fundamentales garantizados por la Carta de Derechos Fundamentales y, en particular, con el derecho al respeto de la vida privada contemplado en el art. 7 (marg. 62). Considera el Tribunal que el dicha normativa no es compatible con el art. 21 del TFUE.

²³ Sin embargo, en este caso, los menores no se habían desplazado de un Estado miembro a otro, en la medida en que habían nacido en Bélgica, siendo su padre español y su madre belga. El cambio de óptica que cabe apreciar en este pronunciamiento del TJUE (en 2003) consiste en considerar que no se trata tan sólo de garantizar el citado desplazamiento físico, sino de salvaguardar la vida personal y familiar de los nacionales de la UE en dicho espacio transfronterizo.

²⁴ De hecho, cabe afirmar que la comunitarización de la CJC constituye también un esfuerzo tendente a la protección de los nacionales de la UE. Para conseguir tal fin se han adoptado por las instituciones de la UE –como se sabe– un nutrido conjunto de normas, entre ellas, en particular, el Reglamento 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (al que se hará referencia *infra*). DOUE L n° 201, de 27 de junio de 2012.

²⁵ Reglamento 2016/1191, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea y por el que se modifica el Reglamento 1024/2012, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 16 de febrero de 2019 (DOCE L n° 200, de 26 de julio de 2016).

²⁶ Libro Verde sobre “Menos requisitos administrativos para los ciudadanos. Promover la libre circulación de documentos públicos y el reconocimiento de los efectos de los actos de estado civil”, que hace constantes referencias a la libertad de circulación de personas en el espacio de justicia [Documentos COM(2010) 747]. Por otro lado, el citado Libro Verde dio lugar a dos propuestas, cuya base jurídica era diferente, pudiendo decirse que el Reglamento 2016/1191 forma parte también de los textos nacidos para la puesta en marcha del ELSJ. Si bien no se logró que saliese adelante un instrumento en el ámbito del reconocimiento de las circunstancias de estado civil, sí se elabora esta normativa, cuya base es el art. 21 del TFUE.

²⁷ En concreto, se trata de los siguientes: el nacimiento, que una persona está viva, la defunción, el nombre, el matrimonio

En principio, se refiere a aspectos vinculados con la eficacia probatoria externa del documento, esto es, su autenticidad (para lo que también se emplea el Convenio de La Haya sobre apostilla de 1961) y la traducción. En principio, el Reglamento suprime ambos²⁸. Esto es, para que dicho documento circule no es necesario que reúna ningún requisito ni que pase ningún filtro.

El documento sirve para ser presentado ante la autoridad de otro Estado parte, para indicar una concreta edad, la fecha de celebración del matrimonio, la fecha de nacimiento, etc. pero no certifica la validez de dicho matrimonio ni tampoco otros extremos relacionados con su contenido y, en concreto, con lo que indica el ordenamiento conforme al cual se ha otorgado el citado documento. Esto es, no hace prueba plena de su contenido, de forma que no podrá ser aportado cuando se trate, por ejemplo, de solicitar su inscripción en un RC²⁹. De ahí que no puedan alegarse razones de orden público.

El documento también permite acreditar datos personales o familiares ante cualquier AAPP a los efectos de demostrar la identidad, para el caso en el que se tenga que solicitar, p. ej., la expedición de un documento, pasaporte o, incluso, concurrir como elector o elegible en elecciones municipales o al Parlamento Europeo en dicho Estado miembro, que no es el de su nacionalidad (art. 2, 2º). Se trata del efecto legitimador ante las AAPP (véase *infra*).

16. Se centra, por tanto, en la existencia de dicho hecho, relación o circunstancia que consta en el documento. O, dicho de otro modo, el documento circula con efectos limitados: para hacer prueba de las circunstancias que constan, pero no se reconoce su contenido (art. 2, 4º). Por otro lado, en todo caso, la eficacia probatoria del documento (público) extranjero, cuyo principal objetivo sea establecer alguno de los hechos que recoge el art. 2, 1º y 2º, tiene lugar conforme a la ley del Estado de origen y, en este sentido, es completa. La autoridad del Estado de recepción, por tanto, sólo puede poner en duda la autenticidad del documento (falsedad, en su caso), conforme al art. 14 (solicitud de información en caso de duda razonable).

Por tanto, agiliza y simplifica los requisitos o exigencias de tipo formal que usualmente se solicitan por las autoridades de cada Estados parte cuando los interesados, que son nacionales de la UE, se presentan con la necesidad de aportar un concreto dato que consta en el documento. Y, en este sentido, su finalidad es parecida a la que indica el art. 59 del Reglamento 650/2012³⁰. En particular, el citado art. 59 emplea la noción de “aceptación” de documentos públicos, de tal forma que, una vez que han sido expedidos por alguna de las autoridades que indica el citado instrumento, son reconocidos por las demás³¹.

(incluidos la capacidad para contraer matrimonio y el estado civil), el divorcio, la separación judicial y la anulación del matrimonio, la unión de hecho registrada, la cancelación del registro de una unión de hecho, la filiación, la adopción, el domicilio o la residencia, la nacionalidad y la ausencia de antecedentes penales. El Reglamento también se aplica a los documentos públicos cuya presentación pueda exigir un Estado miembro a un candidato a las elecciones al Parlamento Europeo o a elecciones municipales o a un votante que participe en dichas elecciones, que sea nacional de dicho Estado miembro.

²⁸ La segunda ya no es obligatoria cuando se trata de los nacionales de la UE que tienen que aportar documentos en otro Estado parte y la primera también se agiliza o se simplifica, haciéndose innecesaria en determinadas ocasiones (arts. 6 y ss). Ambas son exigencias formales que pueden resultar muy engorrosas y, en este sentido, buena parte de los esfuerzos convencionales desarrollados, en particular, por la Conferencia de La Haya, se han orientado hacia la supresión de este tipo de exigencias. La traducción del documento, en principio, puede presentar otro tipo de cuestiones, al suceder, en ocasiones, que la grafía del Estado de origen no coincide con la grafía del Estado de destino, de un lado y, de otro, que no es posible realizar una traducción, teniendo lugar una transliteración de la expresión de origen al idioma del Estado en el que se invoca el documento.

²⁹ De ahí que, desde el punto de vista del DIPr se indique que se trata de un reconocimiento material, al ser necesario que se verifique la validez del acto de acuerdo con el ordenamiento de origen. Por tanto, cuando se habla del efecto probatorio del documento no se está incluyendo, en ningún caso, esta cuestión relacionada con la validez de su contenido ni el citado documento permite que consten en el Estado de destino las relaciones o situaciones que acredita el documento.

³⁰ Cabe recordar que la base jurídica del Reglamento 650/2012 es el art. 81 del TFUE y la del Reglamento 2016/1191 es el art. 21 del TFUE (libertad de circulación de personas).

³¹ Véase, A. BONOMI/ P. WAUTELET, *El Derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) n° 650/2012, de 4 de julio de 2012*, Aranzadi, Pamplona, 2015. En sentido crítico véase, M. KOHLER/M. BUSCHBAUM, “La reconnaissance des actes authentiques prévus pour les successions transfrontières. Réflexions critiques sur une approche douteuse entamée dans l’harmonisation des règles de conflits de lois », *RCDIP*, 2010, pp. 643 y ss.

17. Por tanto, esta disposición (art. 59) se refiere a la fuerza probatoria de los documentos públicos, pero no a la validez o a los efectos del acuerdo o de la relación jurídica que el documento vehicula³². El documento circula y despliega efectos probatorios en el Estado parte en el que se presenta, sin que, para ello, sea necesario verificar un conjunto de aspectos o extremos que se relacionan, usualmente, con la eficacia probatoria externa del documento.

Dicha finalidad es parecida a la que persigue el Reglamento 2016/1191 (a pesar de haberse eliminado la expresión “aceptación”)³³, con la diferencia de que en éste no cabe alegar el orden público por la autoridad del Estado de recepción del documento o de su copia certificada, ni tampoco se ha recogido la fórmula que sí prevé el art. 59 del Reglamento 650/2012: “o el efecto más parecido posible” (al que posee en origen)³⁴.

18. Por último, el Reglamento 2016/1191 no emplea la expresión “efectos del documento”, sino que indica su aplicación a los documentos públicos expedidos por una autoridad de un Estado parte de conformidad con su Derecho nacional y cuyo principal objetivo es “establecer” uno o más de los hechos que indica su art. 2, 1º. En principio, podría aceptarse que se refiere al efecto probatorio del documento que permite acreditar el hecho, el dato o la circunstancia que consta en el mismo, p.ej., el matrimonio, pero no su válida celebración³⁵. Sin embargo, otros instrumentos sí indican de forma clara que se ocupan de dicho efecto probatorio. En concreto, el citado art. 59 del Reglamento 650/2012 prevé que los documentos públicos expedidos por un Estado miembro tendrán en otro el mismo valor probatorio que en el Estado de origen o el efecto más parecido posible (siempre que no sea manifiestamente incompatible con el orden público).

3. El TJUE y la plena circulación de documentos

19. El TJUE da un paso más adelante cuando se refiere a la libre circulación de personas, si se compara con el objetivo perseguido por el Reglamento 2016/1191. P.ej., para que el nacimiento y el nombre de los hijos del Sr. García Avello (de 2 de octubre de 2003) fuesen inscritos en el RC belga, tal y como figuraba en el Registro consultor español, no fue necesario que el documento que presentaron los interesados reuniese ningún tipo de condición ni procedimiento³⁶.

20. Tras este asunto han surgido otros, en los que también el TJUE ha hecho la misma interpretación y, en particular, cabe citar el as. Freitag (C-541/15), resuelto por STJUE, de 8 de junio de 2017. Se trataba de la solicitud de inscripción en el RC alemán del cambio de apellido efectuado en Rumania, que presenta el interesado mediante la presentación del pasaporte rumano.

El Alto Tribunal declara que la normativa alemana es contraria al derecho a la libre circulación, porque supedita la posibilidad de solicitar la inscripción del cambio de apellido a que éste se haya realizado cuando el interesado tenía su residencia en el Estado miembro que llevó a efecto el citado cambio

³² O, dicho de otro modo, lo que circula no es tanto la situación jurídica a la que se refiere el documento, como los efectos procesales de éste (véase, A. BONOMI/ P. WAUTELET, *El Derecho europeo...*, op. cit., p. 643).

³³ Véase, M. GUZMÁN ZAPATER, “La propuesta...”, loc. cit., p. 11.

³⁴ En todo caso, el Reglamento no asimila los modelos que recoge como Anexos a un “certificado europeo de estado civil”, análogo al “certificado sucesorio europeo”, que despliega efectos inmediatos en todos los Estados parte (véase, S. MARINO, “Cooperazione amministrativa e circolazione delle persone: verso il riconoscimento automatico degli atti di stato civile”, *Riv. dir. int.*, 2013-3, p. 967).

³⁵ De ahí que pueda emplearse el citado documento para que conste en el RC el nacimiento de una persona con una nota marginal de padres casados, pero no permite la inscripción del matrimonio. Si éste fuera el propósito de los interesados, el Reglamento 2016/1191 (como se ha señalado *supra*) no puede ser el instrumento que permita el citado reconocimiento, pues, como indica el citado art. 2, 4º, no se refiere a los efectos jurídicos del contenido del documento (sino sólo a los efectos de hecho).

³⁶ El principio del reconocimiento mutuo eliminó todo tipo de trabas y obstáculos, de tal forma que las autoridades belgas tuvieron que inscribir en el RC de Bruselas el nombre y apellidos de los niños, tal y como habían sido registrados en el Registro consultor de España en Bélgica.

(Rumania), “*salvo que existan en el Derecho nacional otras disposiciones que permitan el reconocimiento efectivo de ese apellido*”.

21. Cabe también referirse a los más recientes, as. Mirin (2024) y as. Trojan (2025). En el primero, el RC rumano tuvo que inscribir la nueva identidad de género que había sido adquirida por el interesado en otro Estado parte. En el segundo, de igual modo, el RC polaco tuvo que aceptar el traslado del asiento de matrimonio ya practicado en Alemania, referido a una pareja homosexual de nacionalidad polaca. Si bien en ambos casos cabría apreciar la existencia de razones de interés general (excepción a la confianza mutua) para impedir la circulación de los documentos, no concurrieron tales argumentos a juicio del Alto Tribunal.

La diferencia principal entre los asuntos García-Avello, Mirin y Trojan en comparación con otros (Pancharevo, Coman, etc.) se encuentra en que si bien en todos tiene lugar la circulación del documento, en los tres primeros se produce con plenos efectos. En los otros supuestos, los efectos de la circulación del documento son limitados.

En este último grupo de casos considera la doctrina que cabría hablar de un “reconocimiento funcional” (véase *infra*). Sin embargo, el empleo de la idea de “reconocimiento” induce a error, al dar a entender que el documento ha sido sometido a un conjunto de requisitos, lo que no tiene lugar. En realidad, el centro de atención ya no se encuentra en las exigencias o condiciones para que tenga lugar la circulación del documento, porque éstas, en realidad, han desaparecido (al igual que el procedimiento) en el actual ELSJ. En la actualidad, el interés se sitúa en el terreno de los efectos (completos o limitados).

22. Por tanto, la circulación puede ser limitada en determinados casos, como indica el TJUE, en los que la aceptación del documento (a pesar de que puedan apreciarse razones de orden público) se hace para “*impedir o limitar el ejercicio de los derechos que se derivan para los nacionales de la UE del Derecho de la UE*” en relación también con el “principio de efectividad” (cdo. 42, as. Freitag) (véase *infra*)³⁷.

Sin embargo, en otras ocasiones, los nacionales de la UE no pueden verse privados de la posibilidad de invocar su derecho a la libre circulación para hacer valer sus circunstancias (p.ej., identidad de género, matrimonio, pareja registrada, divorcio, nombre, etc.) ante la autoridad de otro Estado parte, p.ej., a los efectos de la Seguridad social o del RC, porque no puedan alegarse razones de orden público o interés general (véase *infra*)³⁸.

23. Por tanto, una clave para explicar la forma en la que circulan los documentos en la UE consiste en entender que se ha liberalizado plenamente siempre que estemos en presencia del derecho de los nacionales de la UE, como se desprende del as. García-Avello (2003), del as. Mirin (2024) y del as. Trojan (2025), entre otros, salvo cuando sus efectos se limitan - en los términos que indica el TJUE- a la movilidad o desplazamiento, si el contenido del documento es incompatible con el orden público del Estado parte de destino, entendiendo este concepto conforme al ordenamiento de la UE³⁹.

Se convierte esta jurisprudencia en una excepción con respecto al alcance del derecho del ciudadano a la libre circulación, que ya –cabe afirmar- consiste en la plena liberalización de la circulación

³⁷ Esto es, la idea de la protección del nacional de la UE, en lo que se ha transformado el citado derecho, está condicionada por el citado principio, que, a su vez, se está pergeñando por el TJUE para tratar de encontrar una vía para impedir que las divergencias nacionales en el ámbito del Derecho de familia sean determinantes de límites infranqueables para hacer efectiva la libre circulación de personas. Véase *infra*.

³⁸ Por tanto, en este segundo grupo de supuestos (as. Mirin, entre otros), considera el Tribunal que no hay razones de orden público que limiten la circulación del documento, que es plena. Sin embargo, en los asuntos Pancharevo y Coman, entre otros, sí cabría considerar razones de interés general u orden público, que impedirían la circulación del documento. Ahora bien, éste sí permite que los interesados se desplacen por el territorio de la UE y, en concreto, del Estado parte de destino, sin que las divergencias nacionales entre ambos ordenamientos (que podrían ser incompatibles) puedan ser alegadas como razones de orden público para impedir la efectividad del derecho del nacional de la UE a desplazarse libremente por el actual ELSJ.

³⁹ Si bien cabría considerar la existencia de diferencias entre las mencionadas decisiones del TJUE en las que se pronuncia acerca del alcance del derecho a la libre circulación, por razón de las cuestiones que las instancias nacionales le plantean al Alto Tribunal, no radica ahí el diverso tratamiento y solución que ofrece para cada uno de los casos. El interés se centra en si cabe considerar la existencia de una excepción a la libre circulación por razones de interés general u orden público.

de documentos⁴⁰. Y ello, hasta que no existan normas europeas (A. Bonomi)⁴¹. Como ha señalado la doctrina, ha sido necesario elaborar instrumentos específicos para lograr la circulación de documentos, porque el empleo del reconocimiento mutuo por el TJUE en conocidos asuntos en el ámbito de la homologación de documentos (as. E. Dafeki, entre otros) no era suficiente para lograr este objetivo con un alcance general, en especial, en relación con el amplio campo del Derecho civil⁴².

24. Ahora bien, en los nuevos instrumentos sobre CJC (salvo en el caso del Reglamento que regula el CSE, como se verá *infra*) aún se mantiene –hasta cierto punto– la tradicional concepción del reconocimiento, en el que el control se hace en destino y, por tanto, es necesario referirse a la cuestión de los efectos (del documento). Sin embargo, cuando el control se hace en origen, va de suyo que el documento circula sin límites, salvo los que puedan resultar de una eventual disparidad de concepciones propia de las divergencias legislativas que aún existen, en especial, en el ámbito del Derecho de familia, motivo por el cual el TJUE emplea el principio de efectividad y el orden público⁴³.

III. Noción de circulación en el actual Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia

1. Del reconocimiento a la circulación de documentos

25. La comunitarización del ámbito de la CJC (actual art. 81 del TFUE) ha supuesto el empleo progresivo del principio del reconocimiento mutuo de decisiones judiciales y documentos, porque se da por sentado que las decisiones claudicantes (o, dicho de otro modo, la falta de continuidad de las decisiones en el espacio), en especial, en el ámbito de las relaciones familiares y personales (aunque no sólo) constituye un obstáculo para la libre circulación de personas⁴⁴.

El citado principio expresa la idea de facilitar, mejorar, simplificar, agilizar y, en definitiva, eliminar obstáculos de todo tipo a la circulación, entendida en un sentido extenso, que comprende relaciones personales, familiares, profesionales, laborales, etc. (de cualquier tipo), y, en todo caso, lo que quede comprendido en la idea de “civil” (relaciones entre particulares o empresas)⁴⁵. En este marco, la noción

⁴⁰ Se trata del “umbral mínimo de protección”, al que hace referencia el TJUE en sus sentencias (as. Mirin, cdo. 63). En concreto, dicho umbral se deduce del art. 8 del CEDH (art. 7 de la CDF). Como ha destacado la doctrina, si bien el derecho al nombre no está especialmente protegido ni por el Convenio Europeo de Derechos Humanos ni por la CDF, a raíz de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el as. Burghartz c. Suiza (22 de febrero de 1994) constituye un elemento de la vida privada y familiar. Y, de ahí, la relevancia de tener un nombre único (véase, A. DURÁN AYAGO, *Derechos humanos y método de reconocimiento de situaciones jurídicas: hacia la libre circulación de personas y familias. Perspectiva internacional y europea*, Aranzadi, Pamplona, 2023, p. 37).

⁴¹ Entre la legislación proyectada cabe citar el Reglamento del Consejo sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento de decisiones y aceptación de documentos auténticos en el ámbito de la filiación y sobre la creación de un Certificado Europeo de Filiación (*Documentos COM(2022)*, 695 final, de 7 de diciembre de 2022). El texto ha sido aprobado por el Parlamento Europeo el 14 de diciembre de 2023. Véase: <https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20231208IPR15786/reconocimiento-de-la-filiacion-igualdad-de-derechos-para-todos-los-ninos> (consultada el 7 de noviembre de 2025). Véase, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La Propuesta de Reglamento europeo de filiación: principales retos”, *AEDIPr*, 2023, pp. 151 y ss.

⁴² Véase, A. BONOMI/ P. WAUTELET, *El Derecho europeo de sucesiones...*, op. cit., p. 569.

⁴³ Por ello, el “principio de efectividad” estaría jugando en este ámbito (cuando las competencias no han sido atribuidas a las instituciones de la UE) un papel parecido al “principio de equivalencia”.

⁴⁴ Véase, “Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil” (*DOCE Serie C*, n° 12, de 15 de enero de 2001). Véase, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “El proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”, *REDI*, 2000-2, pp. 662 y ss.

⁴⁵ El art. 67, 4° del TFUE dispone que: “la Unión facilitará la tutela judicial garantizando, en especial, el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil”. Como señala la doctrina, el reconocimiento mutuo recibe un colosal impulso en el TL (2009) como principio-eje en la realización de la tutela judicial de los derechos desde la perspectiva del reconocimiento de decisiones judiciales y no judiciales en el ámbito de la Unión (véase, M. GUZMÁN ZAPATER, “Las certificaciones de estado civil: perspectivas de impulso de la libertad de circulación en el interior de la Unión Europea”, *RDUE*, 2012, p. 130). Se señala que el reconocimiento mutuo en el ámbito de la CJC es un concepto político, de contornos poco precisos desde el punto de vista técnico-jurídico, que equivale, fundamentalmente, a la libre circulación de decisiones judiciales (véase, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “El proyecto de medidas...”, loc. cit., p. 662).

de circulación cobra un nuevo y preponderante significado, empleándose una pluralidad de conceptos para describir este resultado (presentación, aceptación, decisión certificada, etc)⁴⁶.

26. En todo caso, queda claro que el control del documento extranjero se desplaza al origen, habiéndose eliminado –hasta cierto punto– la tradicional concepción de las condiciones (o causas) por las que cabe denegar su reconocimiento por la autoridad del Estado requerido⁴⁷. Y, por ello, se está diluyendo la idea de “reconocimiento recíproco”, al resultar insuficiente para la garantía de la libre circulación de personas (entendida en sentido amplio) y la simplificación, mejora y agilización de la vida transfronteriza de los ciudadanos (Europa de los ciudadanos).

27. Ahora bien, el reconocimiento mutuo se canaliza o articula a través de fórmulas que no son unívocas. En unas ocasiones, significa o supone el reconocimiento de pleno derecho de las circunstancias de estado civil de los ciudadanos (de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, en especial en el ámbito del nombre de las personas físicas y de la identidad de género); en otras, conlleva la circulación de pleno derecho de determinados documentos, en particular, del CSE⁴⁸.

En otros casos supone admitir en el foro (a todos los efectos) las decisiones extranjeras certificadas (en origen)⁴⁹. Por último, también puede significar que el particular solicite a través de un procedimiento que sea denegado el reconocimiento o la ejecución de una decisión extranjera (Reglamento 1215/2012)⁵⁰.

⁴⁶ Puede citarse el Reglamento 650/2012, entre otros instrumentos en los que aparece la noción de aceptación (art. 59). También el Reglamento 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (*DOUE* Serie L n° 183, de 8 de julio de 2016), cuyo art. 58 se refiere a la aceptación de documentos públicos. Véase, P. LAGARDE, “Vers un Règlement communautaire du Droit international privé des régimes matrimoniaux et des successions”, *Pacis Artis (Obra homenaje al Prof. Julio Diego González Campos)*, vol. II, UAM/Eurolex, Madrid, 2005, pp. 1686 y ss; A. RODRIGUEZ BENOT “Los avances de la normativa comunitaria en el reconocimiento de las resoluciones judiciales en otros sectores del Derecho de familia: régimen económico matrimonial, parejas de hecho, alimentos y sucesiones” en, *La libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea*. Colección Actas de Seminarios, n° 57, Serv. Pub. Univ. de Sevilla, 2005, pp. 159 y ss. Y la obra monográfica, J.P. QUINZÁ REDONDO, *Régimen económico matrimonial: aspectos sustantivos y conflictuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

⁴⁷ Y, por ello, podría decirse –siguiendo a la doctrina– que estas nuevas normas de origen europeo (DIPr europeo) están en completa sintonía con la propia lógica del ordenamiento de la UE, que tiene la finalidad de evitar cargas económicas o, incluso, proteccionistas (en este caso, derivadas de las diferencias en las legislaciones nacionales en el ámbito del Derecho civil) contra una actividad, en principio, de carácter económico (aunque no sólo) debidas a la aplicación cumulativa de una legislación equivalente (véase, M. FALLON/J. MEEUSEN, “Private international Law in the European Union and the exception of mutual recognition”, *Yearbook of Private International Law*, 2002-4, p. 46). De otro lado, si bien no se aborda en esta sede la cuestión acerca de si tras el reconocimiento mutuo existe una remisión al ordenamiento del Estado de origen, cabe decir que, en principio, no implica una preferencia ciega por el país de origen, lo que impide considerar que el citado principio constituya un mecanismo de Derecho aplicable, que favorece la aplicación de la ley del Estado de origen (p. 59).

⁴⁸ El CSE, que regula el Reglamento 650/2012, es un documento que, una vez que ha sido expedido por alguna de las autoridades que indica el citado instrumento, es reconocido por las demás. El certificado circula de pleno derecho de un modo único, que define el art. 69. Así, el CSE incorpora una presunción de validez de los hechos constatados en el certificado. Los efectos del CSE no son comparables a la noción de **aceptación** que emplea el art. 59, que supone extender la eficacia probatoria del documento (público) conforme a la ley del Estado de origen, dejando a salvo la excepción de orden público (véase, A. BONOMI/P. WAUTELET, *El Derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) n° 650/2012, de 4 de julio de 2012*, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 568). En el momento actual, y tras 10 años de la entrada en vigor del Reglamento europeo sobre sucesiones, se está llevando a cabo su revisión, tal y como establece su articulado.

⁴⁹ Determinado tipo de decisiones certificadas circulan en el espacio europeo sin que sea necesario ningún tipo de procedimiento ni control, por la confianza depositada en la autoridad del Estado de origen. En concreto, hay que mencionar el mecanismo establecido en el art. 42, 1°, letra b) del Reglamento 2019/1111, de 25 de junio de 2019 (*DO* Serie L n° 178, de 2 de julio) en relación con el art. 29, 6°. Se trata, en concreto, de las resoluciones judiciales que concedan derechos de visita y de las resoluciones dictadas con arreglo al art. 29, 6°, en la medida en que impliquen la restitución del menor. Se está en presencia de “decisiones privilegiadas”, que gozan de un régimen especial, porque su reconocimiento no se supedita a ningún procedimiento ni al cumplimiento de condiciones, una vez que han sido certificadas (As. Rinau, C-195/08 PPU, STJUE de 11 de julio de 2008).

⁵⁰ Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DO* L n° 351, de 20 de diciembre de 2012).

28. En todo caso, el reconocimiento mutuo (art. 81 del TFUE) actúa –en principio– de forma independiente de las libertades y permite establecer la diferencia entre las nociones de reconocimiento y circulación⁵¹. Así, cabe hablar de reconocimiento cuando se trata de que la decisión o el documento extranjero reúnan un conjunto de condiciones y se tramite un expediente. Cuando no son requeridas ninguna de estas dos exigencias, cabe hablar de circulación, que significa que el control sobre la decisión extranjera y el documento han tenido lugar en origen.

29. Ahora bien, interesa de forma específica verificar en qué estriba la diferencia, en su caso, entre circulación y reconocimiento de documentos en el ámbito de la libertad de circulación de personas⁵². Como se ha señalado *supra*, el reconocimiento mutuo (confianza mutua) ha sido empleado para hacer efectivas las libertades económicas, en concreto, en el ámbito de las certificaciones de tipo administrativo (Sent. del TJUE en el as. Bouchara, de 11 de mayo de 1989)⁵³; y de los certificados del Registro civil (as. Eftalia Dafeki, C-336/94).

30. También en el ámbito de la libre circulación de personas. En concreto, en asuntos recientes como el caso Mirin (2014), que pone de relieve que, a día de hoy, los nacionales de la UE pueden invocar su derecho a la libre circulación cuando tengan que presentar documentos de cualquier índole ante una autoridad de otro Estado parte, que tendrá que aceptarlos, sin ningún tipo de exigencia, salvo que pueda considerarse su incompatibilidad con el orden público (interés general), incluso a los efectos de su inscripción en un Registro público y, en particular, en el RC, como se verá *infra* de forma más detenida.

31. Ahora bien, dicha circulación no es completa en todos los casos. Piénsese en el asunto de las dos madres de la niña española, que pueden circular y desplazarse con su hija por cualquier Estado de la UE, a pesar de que el Estado de destino no considere esta realidad familiar. El TJUE, en la Sent. de 14 de diciembre de 2021 (As. Pancharevo, C-490/20), ha querido salvar la eventual contradicción que se produciría en el interior del Estado parte de destino con respecto a la situación constituida en el extranjero, señalando que este reconocimiento se hace tan sólo a los efectos de la libre circulación, pero que ello no significa que tal relación vaya a ser reconocida a otros efectos⁵⁴.

⁵¹ Ahora bien, el citado reconocimiento no opera por completo de forma independiente de las libertades, porque precisamente la Comisión y el PE han insistido en que el reconocimiento es una garantía (jurídica) para la libre circulación. Esto es, que dicho criterio es también funcional en el marco de la creación del ELSJ y se emplea con dicha lógica, presidida por dos objetivos: - máxima realización (garantía) de la libre circulación, en el sentido de protección de los ciudadanos y de sus derechos, en especial, de libre circulación, en particular, de los que resultan de su vida transfronteriza; y – protección y máxima realización de los derechos de la persona (derechos humanos) por encima de cualquier otra visión económica o patrimonial.

⁵² En el ámbito de las libertades, el reconocimiento mutuo supuso con carácter general un cambio de enfoque para la consecución del mercado interior, sin necesidad de una completa armonización de las legislaciones nacionales. Véase, Comunicación de la Comisión: “El reconocimiento mutuo en el marco del seguimiento del Plan de acción para el mercado interior”, de 16 de junio de 1999 (*Documentos COM/1999/299 final*). Sin embargo, la doctrina ha señalado que dicho principio no presenta una única configuración, sino que alcanza una diversidad de manifestaciones, siendo –por ello– más bien “una política regulatoria que puede concretarse de maneras diversas” (véase, L. ARROYO JIMÉNEZ/D. UTRILLA FERNÁNDEZ, “El reconocimiento mutuo en el Derecho del mercado interior”, 3/17 *Preprints series of the Center for European Studies Luis Ortega Álvarez and the Jean Monnet Chair of European Administrative Law in Global Perspective*, 2017, p. 14. Para las distintas manifestaciones del comportamiento del reconocimiento mutuo en el Derecho del mercado interior véase, *loc. cit.*, pp. 4 y ss).

⁵³ Como señala el Alto Tribunal, ha de aceptarse por el Estado miembro de destino el estatus (judicial o administrativo) certificado por la autoridad del Estado de origen. El Alto Tribunal señala que la aceptación por un Estado parte de los controles, pruebas y análisis efectuados en otros Estados parte constituye una expresión del principio de confianza mutua, que está en la base del reconocimiento mutuo. Véase, A. MATTERA, « La reconnaissance mutuelle: une valeur historique ancienne, un principe juridique intégrationniste, l’assise politique d’un modèle de société humaniste », *RDUE*, 2009, n° 3, p. 401.

⁵⁴ Por tanto, la pregunta que se plantea es la siguiente: ¿estas personas pueden dirigirse a cualquier autoridad del Estado de destino para acreditar que son las madres de la niña para el caso en el que ser asistida en un hospital? Sí, pero no podrá ser inscrita en el RC la relación de parentesco que presentan con su hija. Esto es, el documento no circula a efectos registrales (trátase de una certificación registral o de otro tipo de documento). Véase, B. CAMPUZANO DÍAZ, “Reflexiones sobre el certificado de nacimiento a propósito de los casos Pancharevo y Rzecznik”, *CDT*, 2024, pp. 241 y ss; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Orden público europeo en Derecho de familia”, *AEDIPr*, 2021, pp. 305-226; N. GOÑI URRIZA, “El ámbito de aplicación de las libertades europeas que afectan al Derecho de familia y las relaciones entre el orden público de la Unión Europea y el de los Estados miembros”, *CDT*, 2021, vol. 13, n° 2, pp. 233-255; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Libre circulación de personas y homoparentalidad:

32. Por esta razón la doctrina emplea en estos casos la idea de “reconocimiento funcional”, en concreto, cuando el TJUE obliga a admitir o aceptar determinado tipo de relaciones, en especial, del Derecho privado (persona y familia) por las autoridades de otro Estado parte, pero con efectos limitados. Se trata de un reconocimiento funcional, porque se hace con un alcance limitado a la circulación en el espacio europeo de las citadas personas. De ahí que vuelvan a aparecer las nociones de circulación y de reconocimiento, siendo necesario verificar a qué se refiere, en concreto, la citada idea de reconocimiento funcional (véase *infra*).

Y, en todo caso, presenta interés referirse en esta sede a la circulación de las certificaciones registrales.

2. En particular, las certificaciones registrales

33. Las decisiones más recientes del TJUE en los asuntos citados *supra* (en particular, nombre de las personas físicas, cambio de nombre y apellidos y sobre la identidad de género) colocan el centro de atención en las especificidades que presentan los asientos del RC y las condiciones a las que se sujeta su circulación en la UE, esto es, la circulación de las circunstancias que constan en tales certificados, dada la fuerte presunción de verosimilitud que ofrecen⁵⁵.

34. Si bien han sido muchas las perspectivas desde la que se ha analizado el As. García-Avello (C-148/02), interesa en esta sede, la que se centra en la circulación del documento registral expedido por las autoridades del Registro consular español⁵⁶. A resultados del pronunciamiento del Tribunal, las autoridades belgas tuvieron que aceptar e inscribir el nombre que tenían ya los niños con arreglo a lo que indicaba la certificación de nacimiento expedida por el Registro consular español, sin entrar a verificar ningún extremo del documento ni de su contenido.

35. La doctrina ha llamado la atención sobre el hecho de que los casos García Avello, As. Ilonka Sayn-Wittgenstein, resuelto por Sent. de 22 de diciembre de 2010 (as. C-208/09)⁵⁷ y As. Nabil Peter

comentario a la Sentencia del TJUE (Gran Sala), de 14 de diciembre de 2021, as. 490/20, Pancharevo”, *REEI*, junio de 2022, pp. 8 y ss.

⁵⁵ El encargado del RC hace un control (de legalidad) en el momento en el que se le solicita el acceso de cualquier título con la finalidad de comprobar que sólo se inscriban aquellos hechos y actos jurídicos reales, veraces, exactos y legales, a fin de que se conviertan, a través de la actividad registral, en hechos cubiertos por la fe pública registral. Véase, S. SALVADOR GUTIÉRREZ, “Inscripción registral de títulos extranjeros. Inscripción de matrimonios y sus crisis y régimen económico matrimonial” en, M. GUZMÁN ZAPATER/ M. HERRANZ BALLESTEROS (dirs.), *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea. Estudio normativo y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 655.

⁵⁶ En particular, se considera que se trata de etapas en la evolución de la interpretación por el TJUE de la noción de ciudadanía y, en concreto, de las prerrogativas y derechos que conlleva, desde el ámbito estrictamente económico (Dafeki, Konstantinidis), en una primera etapa, a una segunda extensión de mucha mayor envergadura al estado civil, materia ajena por completo a cualquier aspecto económico (as. García-Avello) (véase, E. PATAUT, “Le renouveau... », *loc. cit.* p. 90). En concreto, se considera que la respuesta dada por el Alto Tribunal en el as. García-Avello realiza más un razonamiento de disfrute de derechos (de los nacionales de la UE) que propio del conflicto de leyes (p. 91). Otro sector entiende que cabe apreciar la aplicación del reconocimiento mutuo (véase, P. LAGARDE, “Comentario”, *RCDIP*, 2004, pp. 184 y ss). Y, para otros autores, la sentencia constituye un claro exponente de la repercusión que ha tenido la noción de ciudadanía en orden a un cambio de lógica de la acción del Derecho europeo, que va desde la idea de libre circulación a un nuevo concepto: la protección de los nacionales de la UE, en el que basta con la existencia de un vínculo con el Derecho europeo (como sucedía en este caso por razón de la doble nacionalidad de los menores) para que el asunto quede comprendido en su ámbito de aplicación, sin necesidad de que tenga lugar un desplazamiento (véase, T. BALLARINO/B. UBERTAZZI, “On Avello...”, *loc. cit.*, pp. 85 y ss; esp. p. 112). Véase también, G. STRAETMANS, « Non economic free movement of EU citizens and family law matters » en, J. MEEUSEN ET AL., *International Family law for the EU*, Intersentia, 2007, p. 183.

⁵⁷ Véase, H.-P. MANSEL, “The impact of the European Union’s prohibition of discrimination and the right of free movement of persons on the Private international Law rules of member States- with comments on the Sayn-Wittgenstein case before the European Court of Justice” en, *Convergence and Divergence in Private International Law. Liber Amicorum Kurt Siehr*, Eleven Int. Pub. & Schulthess Verlag, Zürich, 2010, pp. 292 y ss; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Nota a la STJUE de 22 de diciembre de 2010, as. C-208/09, Ilonka Sayn-Wittgenstein y Landeshauptmann von Wien”, *REDI*, 2011, vol. LXIII, pp. 235 y ss; R. CARO GÁNDARA, “Libertades UE, reconocimiento y orden público de los Estados miembros (Reflexiones tras la sentencia del

Bogendorff von Wolffersdorff (STJUE, de 2 de julio de 2016, as. C-438/14)⁵⁸ consistieron en la presentación de certificaciones expedidas por el RC de un Estado miembro para solicitar su inscripción en otro⁵⁹. Es decir, que se trataba de asientos que ya constaban realizados en otro Estado parte.

Por tanto, se estaría en presencia de una suerte de transcripción o traslado de asientos entre los Registros civiles de los Estados parte, cuando se trata de circunstancias de estado civil, si no son incompatibles con el orden público (interés general) del Estado parte en el que se invocan⁶⁰.

36. Por tanto, la certificación extranjera circula (sin que pueda realizarse un control del documento en el Estado parte de destino, porque ya se ha realizado en origen) con plenos efectos. Esto es no se trata de una circulación con efectos limitados (no cabe hablar en estos casos de un reconocimiento funcional), porque dicha certificación no sólo prueba un aspecto concreto de la identidad personal a los efectos del ejercicio del derecho a la libre circulación, sino que permite que conste (en el Estado requerido) con arreglo a lo que indica un concreto ordenamiento, que suele ser el Derecho que ha configurado/expedido el certificado⁶¹.

Esto es, la certificación extranjera acredita la existencia y validez de dichas circunstancias (efectos sustantivos) por la acción del reconocimiento mutuo (en el ámbito de las libertades)⁶². En estos casos, la mera prueba (a través del documento) de la existencia (y presunción de validez) del acto o negocio en el Estado de origen es suficiente para que despliegue efectos registrales en el Estado requerido⁶³. Por tanto, la certificación registral extranjera circula, en principio, sin limitaciones de ningún tipo (salvo la referida al interés general u orden público).

37. Por todo ello, si bien el art. 98 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (en adelante, LRC) indica un conjunto de requisitos que han de reunir las certificaciones registrales extranjeras para poder inscribirse en el RC español, no cabría verificar la condición que indica la letra c), si dicho certificado procede de una autoridad de un Estado parte y se refiere a un nacional de la UE (*“que el hecho o acto contenido en la certificación registral extranjera sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado”*)⁶⁴.

Tribunal de Justicia de 22 de diciembre de 2010, as. C-208/09, Ilonka Sayn-Wittgenstein”, *La Ley Unión Europea*, nº 3, abril de 2013, pp. 8 y ss.

⁵⁸ Véase, A. LARA AGUADO, “Reconocimiento sí, *ma non troppo*: El orden público como límite al reconocimiento de títulos nobiliarios en la Unión Europea”, *Millennium Derecho internacional privado*, 2016, pp. 1 y ss (on line).

⁵⁹ *Ibid.*, p. 8.

⁶⁰ Como se recuerda, *“el instrumento probatorio que proporciona el Registro civil supone que el documento originario, a través del método del registro, se transforma, mediante la inscripción, en un medio de prueba privilegiado que prevalece frente a cualquier otra prueba, incluso frente al propio documento original”* (véase, S. SALVADOR GUTIÉRREZ, “Inscripción registral...”, *loc. cit.*, p. 655). Por tanto, inscrito el hecho o acto jurídico afectante al estado civil, opera la presunción *iuris tantum* de que el hecho o acto es acorde con la realidad y corresponde a su titular en la forma en la que está inscrito. Por tanto, practicada una inscripción, ésta goza de una presunción de exactitud, legalidad y validez del acto, que sólo podrá ser rebatida a través de los procedimientos legales establecidos, registrales o judiciales (*ibid.*).

⁶¹ Por tanto, cuando se invoca una certificación extranjera (para que despliegue efectos) se trata de aceptar o admitir un atributo de la personalidad, tal y como ha sido determinado conforme a un ordenamiento extranjero. Como sucede en el caso del nombre de las personas físicas o de la identidad de género en los asuntos analizados *supra*, pues, como señala la doctrina, “en tales casos, *“en principio, cada Estado atribuye o reconoce el estado civil en función de lo que disponga su propia ley”*” (véase, M. GUZMÁN ZAPATER, “Las certificaciones...”, *loc. cit.*, p. 127).

⁶² Véase, P. JIMÉNEZ BLANCO, “Valor probatorio de los documentos públicos en la Unión Europea” en, M. FONT I MAS, *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea*, J M^a Bosch Ed., Barcelona, 2014, p. 451. Véase en sentido contrario, R. ARENAS GARCÍA, “El reconocimiento de las situaciones familiares en la Unión Europea” en, M^a V. CUARTERO RUBIO/J.M. VELASCO RETAMOSA (dirs.), *La vida familiar internacional en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 74.

⁶³ Véase, P. JIMÉNEZ BLANCO, “Movilidad transfronteriza...”, *loc. cit.*, p. 29. En concreto, se afirma que *“la inscripción de una circunstancia relativa al estado civil en el Registro de otro Estado miembro tiene un efecto probatorio de la institución en el Estado de origen y, en la medida en que esa inscripción responda a un control de legalidad por parte de las autoridades de aquel Estado otorga una presunción de validez de ese acto en el Estado de origen”* (*ibid.*, p. 30).

⁶⁴ El art. 98 de la LRC indica (en consonancia con lo dispuesto por el art. 28): *“Certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros. 1. La certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros es título para la inscripción en el Registro Civil español siempre que se verifiquen los siguientes requisitos: a) Que la certificación ha sido expedida por autoridad*

38. Por el contrario, el documento extranjero se inscribiría en el RC sin ningún tipo de control relacionado con la validez de su contenido, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE en los asuntos en el ámbito del nombre, del cambio de nombre y apellidos y sobre la identidad de género (*supra* analizados). Tan sólo podrían alegarse razones de orden público o de interés general para impedir la citada circulación (as. Mirin y as. Freitag, entre otros)⁶⁵. Véase *infra*.

IV. ¿Reconocimiento funcional *versus* principio de efectividad?

1. ¿En qué consiste?

39. La noción de “reconocimiento funcional” gana cada vez más interés en el estadio actual de evolución del ordenamiento de la UE, en especial, tras los recientes pronunciamientos del TJUE en los que queda claro que la libertad de circulación de personas abarca o comprende cada vez más ámbitos (ha entrado, de hecho, de lleno, en el derecho de la persona y familia), pero el documento sólo permite el ejercicio de la citada libertad. Esto es, no permite el reconocimiento del estado civil, como señal la Sent. de 14 de diciembre de 2021 (As. Pancharevo, C-490/20)⁶⁶.

Si bien el Estado parte del que el menor es nacional está obligado a reconocer el documento procedente del Estado miembro de acogida que le permita ejercer su derecho a circular y residir en el territorio de los Estados parte con cada una de las personas que figura como madre del menor, los margs. 48, 49 y 50 de la citada STJUE en el as. Pancharevo son muy claros en relación con esta cuestión.

40. En particular, se indica que:

“48.- Ha quedado acreditado que, en el asunto principal, las autoridades españolas determinaron legalmente la existencia de un vínculo de filiación, biológico o jurídico, entre S. D. K. A. y sus dos progenitoras, V. M. A. y K. D. K., y así lo hicieron constar en el certificado de nacimiento expedido a su hija. En consecuencia, con arreglo al artículo 21 TFUE y a la Directiva 2004/38, todos los Estados miembros deben reconocer a V. M. A. y K. D. K., como progenitoras de una ciudadana de la Unión menor de edad bajo su guarda y custodia efectiva, el derecho a acompañar a la menor en el ejercicio de ese derecho (véase, por analogía, la sentencia de 13 de septiembre de 2016, Rendón Marín, C-165/14, EU:C:2016:675, apartados 50a 52 y jurisprudencia citada).

49.- Por lo tanto, puesto que, según el órgano jurisdiccional remitente, S. D. K. A. ha obtenido la nacionalidad búlgara, las autoridades búlgaras, al igual que las autoridades de cualquier otro Estado miembro, están obligadas a reconocer ese vínculo de filiación para permitirle ejercer sin obstáculos, con cada una de sus dos progenitoras, su derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, garantizado en el artículo 21 TFUE, apartado 1.

extranjera competente conforme a la legislación de su Estado. b) Que el Registro extranjero de procedencia tenga, en cuanto a los hechos de que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la ley española. c) Que el hecho o acto contenido en la certificación registral extranjera sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado. d) Que la inscripción de la certificación registral extranjera no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español”. El art. 28 de la LRC dispone: “Certificaciones de Registros extranjeros. Para practicar inscripciones sin expediente, en virtud de certificación de Registro extranjero, será necesario el cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa aplicable para que tenga eficacia en España”.

⁶⁵ Cabe recordar que en estos asuntos se trataba del acceso al RC del cambio de nombre y del género de una persona (primero) y del cambio de apellido (segundo) llevados a cabo en Estados parte distintos del Estado en el que se invocan los documentos acreditativos de tales cambios. En el primer caso, una certificación del RC y en el segundo, el pasaporte expedido por las autoridades que habían autorizado el cambio del apellido del interesado.

⁶⁶ Véase, B. CAMPUZANO DÍAZ, “Reflexiones sobre el certificado de nacimiento a propósito de los casos Pancharevo y Rzecznik”, *CDT*, 2024, pp. 241 y ss; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Orden público europeo en Derecho de familia”, *AEDIPr*, 2021, pp. 305-226; N. GOÑI URRIZA, “El ámbito de aplicación de las libertades europeas que afectan al Derecho de familia y las relaciones entre el orden público de la Unión Europea y el de los Estados miembros”, *CDT*, 2021, vol. 13, n° 2, pp. 233-255; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “Libre circulación de personas y homoparentalidad: comentario a la Sentencia del TJUE (Gran Sala), de 14 de diciembre de 2021, as. 490/20, Pancharevo”, *REEI*, junio de 2022, pp. 8 y ss.

50.- Además, para permitir efectivamente a S. D. K. A. ejercer su derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros con cada una de sus dos progenitoras, es necesario que V. M. A. y K. D. K. puedan disponer de un documento que las mencione como personas habilitadas para viajar con la menor. En el caso de autos, las autoridades del Estado miembro de acogida son las mejor situadas para expedir ese documento, que puede ser el certificado de nacimiento. Los demás Estados miembros tienen la obligación de reconocer dicho documento”.

41. Nótese que el TJUE emplea la noción de reconocimiento. Y, en este mismo sentido, el TJUE ha interpretado el derecho a la libre circulación considerando que se opone a que se deniegue el derecho de residencia del cónyuge del mismo sexo de un ciudadano de la UE, a pesar de que dicho matrimonio no está permitido por el Estado de la nueva residencia⁶⁷. En concreto, en el a. C-673/16, Coman, resuelto por Sent. de 5 de junio de 2018, el TJUE señala que: “la obligación de un Estado miembro de reconocer un matrimonio entre personas del mismo sexo contraído en otro Estado miembro (...) se limita a los solos efectos del ejercicio de los derechos que para esas personas se derivan del Derecho de la Unión” (marg. 45).

42. También cabe citar el as. Rzecznik, decidido por el TJUE, por Auto de 24 de junio de 2022 (C-2/21)⁶⁸. La idea de reconocimiento se emplea en estos casos para indicar la aceptación de tales documentos, a los efectos del ejercicio del derecho a la libre circulación. Esto es, el Alto Tribunal se pronuncia sobre el reconocimiento de la relación personal y/o de familia instrumentada en el documento a los efectos de la interpretación de la Directiva 2004/38/CE, lo que se denomina por la doctrina un “reconocimiento funcional de la filiación”⁶⁹.

43. Sin embargo, la referencia a este “reconocimiento funcional” no deja de suscitar algunas dudas y preguntas⁷⁰. Habría que explicar qué significa exactamente esta idea y, en concreto, qué sentido tiene en el actual momento o fase evolutiva del ordenamiento de la UE. En todo caso, dicho reconocimiento funcional alude a lo que el TJUE denomina “impedir o limitar el ejercicio de los derechos que se derivan para los nacionales de la UE del Derecho de la UE”. Se trata de eliminar los obstáculos o trabas, en especial, de tipo administrativo, derivadas, en especial, de la disparidad de legislaciones existentes entre cada Estados parte.

44. Por tanto, no es lo mismo funcional que finalista⁷¹. Y, de otra parte, dicha disparidad terminológica está relacionada con la falta de transferencia de competencias a las instituciones de la UE por los Estados parte para legislar sobre dichas materias. Lo que hace que cobre trascendental importancia

⁶⁷ Véase, P. IMÉNEZ BLANCO, “La movilidad transfronteriza...”, *loc. cit.*, pp. 1 y ss.

⁶⁸ Cdo. 45 del as. Rzecznik: “la obligación de (...) reconocer el vínculo de filiación entre la menor y cada una de esas dos personas a efectos de que ésta pueda ejercer sus derechos derivados del artículo 21 TFUE y de los actos de Derecho derivado correspondientes no supone que el Estado miembro del que es nacional la menor contemple en su Derecho nacional la parentalidad de personas del mismo sexo ni que reconozca, con fines distintos del ejercicio de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a la menor, el vínculo de filiación entre ella y las personas mencionadas como progenitoras en el certificado de nacimiento emitido por las autoridades del Estado miembro de acogida (sentencia de 14 de diciembre de 2021, *Stolichna obshchina, rayon «Pancharevo»*, C-490/20, EU:C:2021:1008, apartados 56 y 57 y jurisprudencia citada)”

⁶⁹ Véase, J. MEEUSEN, “Functional recognition of same-sex parenthood for the benefits of mobile Union citizens- Brief comments on the CJEU’s Pancharevo judgement”, <https://gedip-egpil.eu/> (consultado el 6 de julio de 2025).

⁷⁰ P.ej., si las madres de la menor que se han trasladado con su hija a otro Estado parte, sin que se les haya impedido la movilidad por razón de la inexistencia en dicho otro Estado parte de la realidad de las relaciones entre personas del mismo sexo desearan comprar una vivienda en dicho Estado miembro y ponerla a nombre de las dos, indicando que dicha vivienda se adquiere en régimen de gananciales, que es el régimen económico que les corresponde de acuerdo con el Derecho del primer lugar de la residencia habitual tras el matrimonio, podría acceder dicha escritura de compra-venta al Registro de la propiedad indicando que éste es el régimen económico del matrimonio? Y la respuesta sería que no, pues el citado matrimonio homosexual puede circular en aras a conseguir lo que el TJUE llama la máxima libertad de movimiento y de acción (ciudadanos móviles), más aún considerando que se trata de relaciones que, además, irían en contra del orden público del Estado parte. Sin embargo, no puede ser reconocido.

⁷¹ La libre circulación de personas (art. 3, 2º del TUE) en este espacio representa una “aspiración de los ciudadanos a la máxima libertad de movimiento y de acción”. Véase, Comunicación de la Comisión, de 2 de junio de 2004, “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Balance del Programa de Tampere y futuras orientaciones”, *Documentos COM* (2004) 401 final, p. 16.

explicar el “principio de efectividad”, al que se refiere el TJUE (véase *infra*). Más bien se trata de la circulación del documento para simplificar y facilitar la vida cotidiana a los ciudadanos, en especial, en lo relacionado con las trabas administrativas que limitan o impiden la citada movilidad⁷². Pero, con efectos limitados⁷³.

45. En segundo lugar, en los casos *supra* referidos, la circulación de tales documentos ha tenido lugar sin que haya sido necesario que reúnan ningún tipo de requisito. Como se ha señalado *supra*, la circulación consiste –básicamente- en la inexistencia de procedimiento y condiciones para el reconocimiento, idea ésta plenamente compatible con las actuales orientaciones del DIPr europeo, que se articula en torno a la circulación (control en origen), que es justamente la idea opuesta al reconocimiento (control en destino).

46. Ahora bien, en otros casos, el razonamiento del TJUE ha sido distinto (as. García-Avello). La circulación del documento no se hace con efectos limitados, sino para que las circunstancias personales y familiares -que usualmente constan en certificaciones expedidas por el RC o en otro tipo de documentos- sean inscritas en el RC de otro Estado parte, salvo que existan razones de interés general u orden público que lo impidan, tal y como se desprende de la STJUE en el as. Mirin, entre otros⁷⁴.

47. Para comprender el sentido de la interpretación que realiza el TJUE en los casos citados *supra* si se comparan con otros conocidos asuntos, en particular, los asuntos García Avello y Mirin, es necesario atender a sus propias explicaciones, *supra* indicadas (simplificar la vida a los nacionales de la UE), pero también hay que referirse al orden público y al “principio de efectividad” (véase *infra*).

Limitando los efectos de la circulación del documento (lo que la doctrina denomina un reconocimiento funcional) se impide que el Estado parte de destino emplee el orden público para rechazar que puedan desplazarse libremente por su territorio estas personas que están casadas (as. Coman), al no admitirse el matrimonio entre homosexuales. Es una forma de impedir que actúe el orden público del Estado parte de destino.

48. En el as. Coman, el TJUE señala que la noción de orden público como justificación para realizar una excepción a una libertad fundamental debe ser interpretada en sentido estricto, no puede ser entendida de forma unilateral por cada Estado y solo puede invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad (cdo. 44). En este caso, no existía esa razón de orden público, en la medida en que no se trataba de inscribir en el RC del Estado parte de destino el matrimonio entre personas del mismo sexo, sino sólo permitir el ejercicio del derecho a la libre circulación al marido del solicitante, nacional de la UE.

49. Cabe citar también el as. Pancharevo (C 490/20). En concreto, el cdo. 55: “*Por lo demás, el Tribunal de Justicia ha recordado reiteradamente que el concepto de «orden público» como justificación de una excepción a una libertad fundamental debe interpretarse en sentido estricto, de manera*

⁷² Y, por ello, cabe considerar que el hecho de que el TJUE emplee la expresión reconocimiento, no significa que se refiera a la noción más tradicional *supra* explicada, sino que se relaciona con el principio del reconocimiento mutuo, operativo en el ámbito de las libertades.

⁷³ Recuérdese que el Alto Tribunal se pronuncia en estos asuntos sobre el reconocimiento de la relación personal y/o de familia instrumentada en el documento a los efectos de la interpretación de la Directiva 2004/38/CE, que se refiere a la libre circulación de personas. Y no con el objetivo de que el documento en el que constan tales circunstancias de estado civil sea invocado para que su contenido conste a los efectos, p.ej., del reconocimiento de una concreta situación de estado civil en el país de residencia en el que vive el nacional de la UE, que no coincide con su nacionalidad.

⁷⁴ Es interesante el as. Freitag (C-541/15), resuelto por STJUE, de 8 de junio de 2017), al tratarse de la solicitud de inscripción en el RC alemán del cambio de apellido efectuado en Rumania mediante la presentación del pasaporte (rumano). El Alto Tribunal declara que la normativa alemana es contraria al derecho a la libre circulación, porque supedita la posibilidad de solicitar la inscripción del cambio de apellido a que éste se haya realizado cuando el interesado tenía su residencia en el Estado miembro que llevó a efecto el citado cambio (Rumania), “*salvo que existan en el Derecho nacional otras disposiciones que permitan el reconocimiento efectivo de ese apellido*”.

que cada Estado miembro no pueda determinar unilateralmente su alcance sin control por parte de las instituciones de la Unión. Por tanto, el orden público solo puede invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad (sentencia de 5 de junio de 2018, Coman y otros, C-673/16, EU:C:2018:385, apartado 44 y jurisprudencia citada)”.

50. Por tanto, no se trata del reconocimiento, sino de la circulación del documento (pero con efectos limitados), porque no ha de reunir ningún tipo de condición, sino que basta con que el TJUE considere que no existe un interés general o razones de orden público para que circule (véase *infra*)⁷⁵. Por esta razón se afirma que el orden público está integrado en el interés general cuando están en juego las libertades⁷⁶.

51. Y, en todo caso, existiría una noción de orden público propia del Derecho europeo y, en particular, referida a los derechos del ciudadano⁷⁷. Y, en concreto, a la libre circulación de personas. Por último, la cuestión se cifra en comprender en qué consiste el citado derecho de los nacionales de la UE en la actualidad, cuáles son sus contornos y sus límites conforme al principio de efectividad (como se verá *infra*).

2. El principio de efectividad

52. Dicha finalidad (o funcionalidad) de la circulación del documento se relaciona, al mismo tiempo, con otro concepto, que define el propio tribunal: el “principio de efectividad” en relación con ámbitos que no han sido armonizados, como es el caso, en particular, del Derecho de familia (cdo. 42, as. Freitag).

A modo de resumen de la citada jurisprudencia, cabe citar la explicación que ofrece el TJUE en el citado as. Freitag, resuelto por Sent. 8 de junio de 2017: “*constituye reiterada jurisprudencia que, si bien en el estado actual del Derecho de la Unión, las normas que regulan la inscripción en el RC del apellido de una persona son competencia de los Estados miembros, éstos, no obstante, deben respetar el Derecho de la Unión al ejercer dicha competencia y, en particular, las disposiciones del Tratado FUE relativas a la libertad, reconocida a todo ciudadano de la Unión, de circular y residir en el territorio de los Estados miembros*” (cdo. 33)⁷⁸.

53. Por tanto, un límite al derecho a la libre circulación de los nacionales de la UE está relacionado con el hecho de que inciden sobre él materias cuya competencia legislativa no corresponde a las instituciones de la UE, porque no han sido transferidas por los Estados parte. Se trata de ámbitos que están reservados a la soberanía de los Estados, de forma que el Alto Tribunal no puede “obligarlos” a aceptar instituciones de familia desconocidas en sus ordenamientos o que están prohibidas, como puede ser el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo.

⁷⁵ Como se sabe, la noción de interés general constituye una excepción para impedir que tenga lugar el citado reconocimiento de acuerdo con la interpretación que ha hecho el TJUE de esta noción (excepción a la confianza mutua). Se recuerda que el principio de no discriminación es el trasunto de las libertades, que, por ello, también es operativo en el ámbito de la libertad de circulación en el ELSJ. Y se señala que la función del orden público como un remedio de aplicación general se cumple ahora por el principio de no discriminación, que expresa todos los principios fundamentales que han de ser respetados y se utiliza para causar su aplicación (véase, T. BALLARINO/B. UBERTAZZI, “On Avello and others. A new Departure in the Conflict of Laws?”, *YPIL*, 2004, vol. VI, p. 128).

⁷⁶ De ahí que se haya considerado que la idea del orden público está incorporada o recogida de forma implícita en las libertades y, en concreto, en la libertad de circulación de personas y, por ello, no cumple un papel independiente en el DIPr europeo (véase, T. BALLARINO/B. UBERTAZZI, “On Avello...”, *loc. cit.*, p. 128).

⁷⁷ Se plantea la existencia de una noción nueva de orden público internacional, distinta de la existente en cada Estado parte, que aglutine los intereses fundamentales que comparten dichos Estados. Véase, Comunicación: “Hacia un espacio de libertad, seguridad y justicia” (*Documentos COM/98*, 459 final, p. 9). También se hace referencia a la comunitarización del orden público. Véase, G. KARYDIS, “L’ordre public dans l’ordre juridique communautaire: un concept à contenu variable”, *Rev. trim. dr. eur.*, 2002, pp. 1 y ss.

⁷⁸ El Alto Tribunal cita como fundamento los asuntos: García-Avello (2003), Grunkin-Paul (2008), Sayn-Wittgenstein (2010), Runevic-Vardyn y Vardyn (2011) y Bogendorff von Wolffersdorff (2016).

54. Por ello, limitando la circulación del documento se impide que actúe el orden público de cada uno de los Estados parte para limitar el libre desplazamiento en su territorio a estas personas (as. Coman), por el hecho de la inexistencia en dicho Estado parte del matrimonio entre personas del mismo sexo. Por tanto, el principio de efectividad es crucial para impedir que las legislaciones nacionales divergentes limiten el ejercicio del derecho a la libre circulación.

55. Al mismo tiempo el citado principio de efectividad, tal y como está siendo pergeñado por el Alto Tribunal, supone también que los Estados no son completamente libres a la hora de ejercer su competencia, sino que tienen que respetar el Derecho de la UE⁷⁹. Y, en concreto, las disposiciones que se refieren a la libre circulación (art. 21 del TFUE), que es un derecho básico del ciudadano. En definitiva, han de respetarse los derechos que corresponden a los nacionales de la UE y que están recogidos en la CDF, adoptada por el TL, porque “los ciudadanos son y deben ser el corazón de la integración de la UE”⁸⁰.

56. Por último, cabe recordar que un objetivo actual de la UE consiste en reforzar la idea de protección de los nacionales de la UE, en especial, en sus relaciones transfronterizas en el ELSJ⁸¹. En concreto, tras el Programa de Estocolmo (2010), cobra un nuevo impulso la ciudadanía⁸². Ya el Programa de La Haya (2004) se refería a la necesidad de “mejora del ejercicio de los derechos de ciudadanía a los ciudadanos de la UE”⁸³.

Entre ellos se encuentra, sin duda, la libre circulación de personas (art. 3, 2º del TUE), que representa una “aspiración de los ciudadanos a la máxima libertad de movimiento y de acción”⁸⁴. Ésta ha experimentado un cambio significativo tras la adopción del TA, como puede apreciarse claramente en el Programa de Estocolmo (2010), que propone como objetivo “progresar en la Europa de los ciudadanos” y poner en práctica con rigor la libertad de circulación de personas, al constituir un derecho básico.

57. En concreto, se señala que: “es necesario que los ciudadanos puedan disfrutar de los derechos derivados de la integración europea. Facilitar la movilidad de los ciudadanos es de crucial importancia para el proyecto europeo. La movilidad debe incrementarse eliminando las barreras a las que se siguen enfrentando los ciudadanos cuando deciden ejercer su derecho a trasladarse a un Estado miembro distinto del suyo con la intención de estudiar o trabajar, crear una empresa, fundar una familia o jubilarse”. “La libertad, la seguridad y la justicia son los ámbitos en los que los ciudadanos más esperan de los responsables políticos, ya que afectan a su vida cotidiana”⁸⁵.

⁷⁹ La STJUE en el conocido As. García-Avello expresa esta idea de forma clara: “la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros” (cdo. 22).

⁸⁰ Véase, M^a D. ORTIZ VIDAL, “El principio de mutuo reconocimiento en el ámbito de la Unión Europea y los límites a la libre circulación, ¿Mecanismo conciliador en tiempos revueltos?”, *RDC*, 2015, p. 191.

⁸¹ Véase, Comunicación de la Comisión: “Garantizar el espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos europeos”. Plan de acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo, *COM*(2010), 171 final, de 20 de abril de 2010, p. 2.

⁸² De hecho, el Plan de Acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo se denomina “Garantizar el espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos europeos” (*COM*/2010/171 final). También la previa Comunicación de la Comisión, de 10 de junio de 2009, que condujo a la adopción del Programa de Estocolmo, se denomina: “Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio del ciudadano” (*COM*/2009/262 final). Sobre este particular, véase, M. PI LLORENS/E. ZAPATER DUQUE (coords.), *¿Hacia una Europa de las personas en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia?*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

⁸³ Véase, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 10 de mayo de 2005. “Programa de La Haya. Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia”, *Documentos COM* (2005) 184 final, p. 8.

⁸⁴ Véase, Comunicación de la Comisión, de 2 de junio de 2004, “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Balance del Programa de Tampere y futuras orientaciones”, *Documentos COM* (2004) 401 final, p. 16.

⁸⁵ Véase, Comunicación de la Comisión: “Garantizar el espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos europeos”. Plan de acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo, *COM*(2010), 171 final, de 20 de abril de 2010, p. 2. Cabe también citar el Libro Verde sobre “Menos requisitos administrativos para los ciudadanos. Promover la libre circulación de documentos públicos y el reconocimiento de los efectos de los actos de estado civil”, que hace constantes referencias a la libre circulación de personas en el espacio de justicia [*Documentos COM*(2010) 747].

V. Conclusiones

58. La libertad de circulación de personas consiste, en el momento actual, en la posibilidad de que los nacionales de la UE presenten los documentos que sean necesarios para desplazarse en el ELSJ. Ahora bien, en unas ocasiones –de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE– acceden al RC (identidad de género, nombre, matrimonio); en otras, tales documentos sólo pueden admitirse a los fines del desplazamiento, pero no permiten acreditar las circunstancias, hechos o datos que constan en ellos para que se practique una inscripción (o traslado de asiento) en otro Estado parte (por indicar un ejemplo).

Esto es, la circulación de tales documentos puede limitarse, como sucede en el as. Pancharevo y en el as. Coman, entre otros, como indica el TJUE “*a los solos efectos del ejercicio del derecho a la libre circulación*”. En estos asuntos, no se admite la relación de parentesco en el otro Estado parte de destino, pero el ciudadano puede circular por la UE con dicho documento, sin que se le puedan poner trabas derivadas de las divergencias nacionales que existen entre los ordenamientos de los Estados parte en el ámbito Derecho de familia.

59. En tales casos, no tiene lugar lo que la doctrina denomina un “reconocimiento funcional”, sino que se trata –más bien– del empleo por el TJUE del “principio de efectividad”, con la finalidad de evitar que cualquier diferencia entre las legislaciones nacionales de los Estados parte haga ineficaz el derecho a la libre circulación, que ostentan los ciudadanos y que forma parte del “estatuto de derechos” que les reconoce el ordenamiento de la UE.

60. En todo caso, no cabe hablar de reconocimiento de documentos en la UE, porque tanto las actuales normas de DIPr de origen europeo como el TJUE han eliminado las trabas u obstáculos para que circulen en el ELSI, al realizarse el control en origen (reconocimiento mutuo). Por tanto, la noción más tradicional o clásica de reconocimiento (procedimiento de homologación que permite el control de condiciones) y la noción de reconocimiento recíproco o automático, empleada inicialmente por la normativa de la UE (p.ej., en el conocido Convenio de Bruselas de 1968) se está viendo sustituida por otra, la circulación. Y ello porque en el ELSJ se trata de facilitar la vida al ciudadano móvil y, en particular, de agilizar y simplificar la presentación y aceptación de documentos, necesarios para el ejercicio de la libre circulación de personas.

Estos dos propósitos son señalados, no sólo por el TJUE, sino también por las instituciones de la UE, en especial, tras la entrada en vigor del TA y tras la progresiva creación de un ELSJ, que ha supuesto un giro con respecto a la concepción de la libertad de circulación de personas. Ésta, no sólo constituye un derecho del nacional de la UE, sino que ha de ser garantizada y se ha transformado en la “protección de los ciudadanos móviles”. Por tanto, a día de hoy, un nacional de la UE tiene derecho a invocar su derecho a la libre circulación para hacer valer sus circunstancias personales y familiares en otro Estado parte, con arreglo a la jurisprudencia del TJUE en los asuntos García-Avello, Mirin y Trojan, entre otros.

61. En tales casos, no se trata tanto de verificar cuáles son los efectos del documento expedido en otro Estado parte (en la medida en que se trata –en principio– de los que tiene en el Estado de origen), sino de si su circulación en el Estado parte de destino tiene lugar a los solos efectos de ampliar la efectividad del derecho a la libre circulación del ciudadano de la UE; o si su contenido y la concreta circunstancia que constata el documento accede al RC o puede hacerse valer sin límites. Ésta es otra razón por la que no cabe emplear la idea de “reconocimiento funcional” en el primer caso, al no requerirse verificar condiciones.

Por tanto, cabe afirmar que en el momento actual tiene lugar la plena liberalización de la circulación de documentos cuando está en juego la libre circulación de los nacionales de la UE. Los casos en los que el TJUE limita dicha circulación (a los solos efectos de la movilidad o el desplazamiento) constituyen una excepción, que se explica por el hecho de que trata de evitar que las razones de orden público (o interés general) restrinjan el citado derecho, tomando en cuenta que inciden sobre él contenidos o materias, cuya competencia no ha sido transferencia a las instituciones de la UE.

62. Por último, atribuir al documento los efectos que tiene de acuerdo con el ordenamiento de origen con arreglo al cual se ha configurado es una idea presente en los nuevos instrumentos de Derecho europeo, que responde -más bien- a un enfoque tradicional o clásico del reconocimiento, en el que el control se hace en destino. Sin embargo, cuando el control se hace en origen (lo que sucede en los ámbitos en los que es operativo el reconocimiento mutuo), no se trata tanto de concretar cuál es el específico efecto que despliega el documento en el Estado parte de destino, sino de indicar si circula de forma plena (completa) o limitada, esto es, “a los solos efectos del ejercicio del derecho a la libre circulación”.

La aplicación del artículo 20 del Reglamento (CE)
n.º 1008/2008 ante el Derecho de la competencia.
Estudio del caso francés*

The application of Article 20 of Regulation (CE) n° 1008/2008
to competition law. A study of the French case

MARÍA JOSÉ ESTRADA MARGARETO**

Profesora de Derecho mercantil
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria
ORCID ID: 0000-0002-5677-2523

Recibido: 12.11.2025 / Aceptado: 14.01.2026

DOI: 10.20318/cdt.2026.10273

Resumen: En el presente trabajo se estudiará la interpretación y la aplicación del artículo 20 del Reglamento (CE) n° 1008/2008 por primera vez desde su entrada en vigor, hecho que ha supuesto un hito sin precedentes en el marco de la defensa de los principios reguladores de la competencia en el mercado único europeo. Para ello, se analizará el caso que motivó su aplicación como instrumento legitimador de la normativa francesa, que prohíbe el ejercicio del derecho de tráfico aéreo en Francia en determinadas rutas.

Además, este estudio cobra especial sentido ante el inminente vencimiento del plazo en el que se deberá adoptar la decisión de mantener, revocar o modificar esta normativa punitiva al transporte aéreo en el marco competencial francés.

Palabras clave: Derecho de la competencia, sostenibilidad, prohibición de vuelos

Abstract: This paper will examine the interpretation and application of Article 20 of Regulation (CE) n° 1008/2008 for the first time since its entry into force, a milestone that has marked an unprecedented development in the defense of the principles governing competition in the European single market. To this end, it will analyze the case that led to its application as a legitimizing instrument for the French regulations prohibiting the exercise of air traffic rights in France on certain routes.

This study takes on particular relevance, given the imminent expiration of the deadline to take a decision on maintaining, revoking, or modifying this punitive regulation on air transport within the French jurisdiction.

Keywords: Competition law, sustainability, air traffic ban.

*El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación “Respuesta de las empresas turísticas ante la reordenación del sector: entre la crisis y el plan Next Generation EU”, subvención directa nominativa a la Fundación Canaria Parque Científico Tecnológico de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (FCPCT-ULPGC) para el impulso de la investigación, el desarrollo y la innovación. Proyecto cofinanciado por el Cabildo de Gran Canaria y la Comunidad Autónoma de Canarias a través de FDCAN”, cuyo IP es Inmaculada González Cabrera.

**La autora es colaboradora investigadora del Grupo de investigación Turismo, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente (TOTMA), que se integra dentro del Instituto Universitario ECOAQUA de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Se indica esta doble filiación en cumplimiento de la normativa propia de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

mariajose.estrada@ulpgc.es

Sumario: I. Introducción. II. La prohibición de la prestación del servicio de transporte aéreo en el territorio francés. 1. Legitimación causal. 2. Delimitación objetiva. 3. Delimitación territorial. 4. Delimitación temporal. III. Encaje de la prohibición en el artículo 20 del Reglamento (CE) n.º 1008/2008. 1. Causa legitimadora y condicionamientos de la prohibición. 2. Cronología del procedimiento y análisis crítico. 3. Concurrencia de los requisitos de grave situación medioambiental y transporte sustituto a niveles adecuados de servicio. 4. Fronteras delimitativas de la prohibición. A) No discriminación y no distorsión de la competencia. B) Aplicación del principio de necesidad y duración limitada de la prohibición. IV. Incumplimientos colaterales de la prohibición. V. Conclusiones.

I. Introducción

1. La Unión Europea (en adelante UE) se ha consagrado como una de las principales y firmes defensoras del impulso de la sostenibilidad medioambiental. Así se refleja en el Pacto Verde Europeo¹ y en la Ley Europea del Clima², como instrumentos normativos que encauzan la ejecución de los compromisos asumidos en el Acuerdo de París³ y en la Agenda 2030⁴.

2. A tal efecto, y derivado de dichas resoluciones europeas, se ha creado una genuina estrategia europea del transporte, especialmente encaminada a promover la sostenibilidad medioambiental. El diseño de esta estrategia parte del papel determinante del sector del transporte para alcanzar el reto de la neutralidad climática europea en el año 2050⁵, dado el volumen de las emisiones de gases de efecto invernadero (en adelante GEI) que produce este sector⁶.

3. Este objetivo europeo común requiere de la intervención directa de cada uno de los Estados miembros (en adelante EEMM), atendiendo al régimen de distribución de competencias fijado en los artículos 3 y 4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE)⁷. Muestra de ello son los diversos Planes Nacionales de Energía y Clima (en adelante PNEC) que deben presentar cada uno de los EEMM como programa a seguir para alcanzar el reto común de sostenibilidad; y en los que se recogen las pertinentes acciones a adoptar para el sector del transporte nacional.

Ante este escenario, son múltiples y diversas las medidas adoptadas y propuestas por los diferentes EEMM para conseguir esta sostenibilidad medioambiental, creando un mapa heterogéneo y diverso sobre la legislación aplicable en el mercado del transporte europeo.

4. A pesar de esta diversidad normativa y de acción, la UE y la mayoría de los EEMM encuentran consenso en identificar al sector del transporte aéreo como uno de los principales culpables de la situación medioambiental existente. De esta premisa se derivan las principales líneas de acción europeas

¹ Aprobado por la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 11 de diciembre de 2019.

² Aprobada por el Reglamento (UE) n.º 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 2021, por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) n.º 401/2009 y (UE) 2018/1999 («Legislación europea sobre el clima»).

³ Aprobado el 12 de diciembre de 2015, el cual reúne a las Partes de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 9 de mayo de 1992.

⁴ Aprobada en la cumbre de Naciones Unidas celebrada el 25 de septiembre de 2015, por la que se dicta la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas titulada “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible”.

⁵ Vid. Reglamento (UE) n.º 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 2021, por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) n.º 401/2009 y (UE) 2018/1999 («Legislación europea sobre el clima»).

⁶ Vid. Declaración de Asjabad sobre compromisos y recomendaciones de políticas de la Conferencia Mundial sobre Transporte Sostenible. Texto en <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/11987Ashgabatstatement.pdf> Última visita el 30 de abril de 2024.

⁷ La temática es ciertamente prolija dada la distribución de competencias legislativas y reguladoras fijadas en el TFUE. La regulación del transporte se entronca en la competencia normativa compartida entre la UE y los EEM; mientras que el régimen normativo de la competencia en el marco del mercado único europeo se atribuye en exclusiva a la UE.

y nacionales, dictando y proyectando una regulación especialmente punitiva para este transporte aéreo, con el consiguiente agravio comparativo con otros modos de transporte.

5. En línea con lo expuesto, el Gobierno francés ha sido la punta de lanza en la ejecución de la controvertida iniciativa de prohibir los vuelos en determinadas distancias medias. El legislador francés enarbó esta prohibición legal con base en la necesidad de reducir la emisión de GEI, empleando la sostenibilidad como adalid de la intromisión pública en el normal y debido desarrollo de mercado del transporte europeo.

6. Esta prohibición se plantea por la particular Convención Ciudadana por el Clima⁸ y se materializa en la Ley francesa n.º 2021-1104, de 22 de agosto de 2021, relativa a la lucha contra el cambio climático y el fortalecimiento de la resiliencia ante sus efectos (en adelante Ley n.º 2021-1104). Concretamente, se recoge esta prohibición en su Capítulo IV, bajo el amparo del artículo 20 del Reglamento (CE) n.º 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 2008, sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad (en adelante Reglamento (CE) n.º 1008/2008).

7. Dado este hito sin precedentes, deviene obligatorio el análisis de esta prohibición y los pronunciamientos de la Comisión Europea emitidos al respecto; especialmente, sobre su encaje con el supuesto causal recogido en dicho artículo 20, ante el impacto que esta medida tiene en el marco regulatorio de la competencia. Además, la necesidad de este estudio viene reforzado ante el momento crucial en el que nos encontramos, en el que se deberá decidir la continuación, la revocación o la modificación de la medida, dada su caducidad el próximo mayo de 2026.

II. La prohibición de la prestación del servicio de transporte aéreo en el territorio francés

1. Legitimación causal

8. El escenario medioambiental existente y los compromisos vinculantes de impulso de sostenibilidad expuestos, han servido de causa justificativa de las iniciativas ejecutadas por el legislador francés en su Ley n.º 2021-1104. En concreto, en el Capítulo IV de esta Ley, bajo el título “Limitar las emisiones del transporte aéreo y promover la intermodalidad entre tren y avión”, se incluyen diversas medidas que sancionan al transporte aéreo dada su supuesta culpabilidad en las emisiones de GEI, causantes de la situación medioambiental adversa. Entre estas medidas destaca la prohibición de los vuelos en determinadas distancias medias dentro del territorio francés, y que procedemos a analizar.

9. Como cuestión previa, en aras a delimitar la interpretación sistemática y la ratio legis de esta medida, procede identificar su ubicación en el contexto de Ley n.º 2021-1104 que le da origen. Con esta finalidad deben distinguirse dos iniciativas derivadas del propio título del Capítulo IV citado. La primera de ellas se enfoca en la reducción de las emisiones GEI del transporte aéreo, y la segunda, se dirige a promover la iniciativa de la intermodalidad entre los medios ferroviarios y aéreos. Todo ello, siguiendo los cánones de sostenibilidad dictados por las instituciones europeas como se ha visto *supra*.

10. La razón de ser de esta medida se encuentra en el artículo 1 de dicha Ley n.º 2021-1104, el cual recoge el compromiso francés de cumplir con la reducción de GEI dentro del marco del Acuerdo de París y del Pacto Verde Europeo. En consecuencia, se motiva su dictado en la obligatoriedad asumida de dar efectivo cumplimiento a las medidas de impulso de la sostenibilidad medioambiental contenidas en dichos pactos.

11. En este sentido, debe aludirse al compromiso nacional de cada uno de los EEMM acerca de la reducción de GEI, especialmente, ante la debida elaboración de sus PNEC, dado el mandato conte-

⁸ Vid. <https://propositions.conventioncitoyennepourleclimat.fr/se-deplacer-2/> Última visita el 29 de octubre de 2025.

nido en el Pacto Verde Europeo y en el Reglamento (UE) 2018/1999. En este contexto obligacional de objetivos de sostenibilidad, el legislador francés aborda la problemática del sector del transporte, atendiendo al impacto que este sector tiene en dicho fomento de la sostenibilidad.

Derivado de lo anterior, dispone una serie de medidas que pretenden impulsar el transporte ferroviario, calificado como medio de transporte sostenible, unido a la prohibición de prestar el servicio de transporte aéreo en las distancias medias, entre otras medidas punitivas para este último. Mediante estas iniciativas se pretende, supuestamente, dar cumplimiento a los citados mandatos contenidos en el Pacto Verde Europeo y en el Reglamento (UE) 2018/1999, de 11 de diciembre de 2018 sobre la gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima.

12. En relación con el primer objetivo de la norma, concretado en el impulso de la sostenibilidad, el transporte aéreo es calificado como uno de los medios de transporte más contaminantes, atendiendo a las emisiones de GEI que produce⁹. Esta realidad requiere adoptar estrategias que faciliten la conversión hacia la sostenibilidad de este medio de transporte, de tal suerte que pueda seguir formando parte de la estructura de movilidad europea. Y ello, dado que la planificación del futuro transporte europeo en el marco del medio y del largo plazo pasa necesariamente por la instauración de un sistema de movilidad sostenible, competitivo e inteligente¹⁰.

13. Sin perjuicio de la imperativa sostenibilidad medioambiental de la que deben ser partícipes todos los modos de transporte, debe aludirse también a la necesaria sostenibilidad económica en la UE¹¹. Este prisma económico de la sostenibilidad resulta del impacto que el sector del transporte tiene en el mercado único europeo, y así se refleja en la estrategia europea del transporte al promover su competitividad en este mercado¹². Por ello, esta premisa conlleva que todos los modos de transporte, incluido el transporte aéreo, deben ser objeto de medidas que faciliten al unísono la obtención de su condición de sostenible medioambiental y económicamente; y no su erradicación del mercado.

Lo expuesto conduce a la necesidad de que las medidas que impulsen la sostenibilidad medioambiental no acarreen con su ejecución un retroceso en la sostenibilidad económica. Por lo tanto, la exclusión de determinados modos de transporte de la prestación de servicio puede conllevar, en teoría, una supuesta mejora en la sostenibilidad medioambiental, pero a su vez, resultaría una merma en la sostenibilidad económica requerida.

14. Tiene especial relevancia en este punto la pérdida de la alternatividad en la movilidad defendida por la estrategia diseñada para el transporte europeo¹³, como una de las bases del impulso de la competitividad del sector en el mercado único europeo. Y ello, ya que mediante la prohibición de la prestación de este servicio de movilidad aérea se pierde dicho parámetro de alternatividad, al reducir los modos de transporte disponibles para esas distancias.

⁹ Según la European Union Aviation Safety Agency y la European Environment Agency “[e]n 2022, los vuelos con salida desde aeropuertos de la UE27+AELC representaron el 12 % de las emisiones totales de gases de efecto invernadero del transporte y el 4 % de las emisiones totales de gases de efecto invernadero en la UE27+AELC”. *Vid.* https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/eaer-downloads/EASA_EAER_2025_BROCHURE_WEB_es_v2.pdf, p. 9. Última visita el 29 de octubre de 2025.

¹⁰ *Vid.* Estrategia para una Movilidad Inteligente y Sostenible fijada por la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones titulada “Estrategia de Movilidad Inteligente y Sostenible: encaminar el transporte europeo hacia el futuro” COM/2020/789, de 9 de diciembre de 2020 (en adelante Estrategia para una Movilidad Inteligente y Sostenible).

¹¹ *Vid.* Reglamento (UE) n.º 2021/690 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de abril de 2021, por el que se establece un programa para el mercado interior, la competitividad de las empresas, incluidas las pequeñas y medianas empresas, el ámbito de los vegetales, animales, alimentos y piensos, y las estadísticas europeas (Programa para el Mercado Único), y por el que se derogan los Reglamentos (UE) n.º 99/2013, (UE) n.º 1287/2013, (UE) n.º 254/2014 y (UE) n.º 652/2014 (en adelante Reglamento (UE) n.º 2021/690).

¹² *Vid.* artículo 8.4.f del Reglamento (UE) n.º 2021/690.

¹³ *Vid.* Estrategia para una Movilidad Inteligente y Sostenible.

15. Sentado lo anterior, la ley francesa objeto de este estudio comprende la inclusión del transporte aéreo en programas de transición sostenible¹⁴, al igual que así realiza respecto de otros modos de transporte contaminantes como el transporte por carretera¹⁵. Por lo que, como una de las cuestiones a dilucidar del examen realizado es, si el modo de transporte aéreo alcanza la deseada sostenibilidad medioambiental mediante su reconversión sostenible, ¿por qué es necesaria su prohibición?

16. Esta pregunta nos lleva a resaltar que esta voluntad de reducir las emisiones contaminantes del transporte aéreo se enlaza inexorablemente con el fomento de la promoción de la intermodalidad entre el tren y el avión. Circunstancia que nos dirige al segundo objetivo del Capítulo IV de la citada ley francesa.

17. Este segundo objetivo se dirige expresamente a favorecer la intermodalidad, también identificada con la nomenclatura de multimodalidad, entre el tren y el avión. Para su adecuado análisis, procede hacer referencia al concepto de intermodalidad o multimodalidad, en aras a precisar su debido contenido y alcance a los efectos que nos ocupan.

La multimodalidad en el régimen de la movilidad consiste en el “*transporte de mercancías o de pasajeros, o de ambos, que utiliza dos o más modos de transporte*”, según el artículo 3 numeral 8 del Reglamento (UE) n.º 2024/1679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, relativo a las orientaciones de la Unión para el desarrollo de la red transeuropea de transporte, y por el que se modifican el Reglamento (UE) 2021/1153 y el Reglamento (UE) n.º 913/2010 y se deroga el Reglamento (UE) n.º 1315/2013.

Véase que mediante la multimodalidad se fomenta el empleo conexo de los diferentes modos de transporte de una forma integrada, a los efectos de crear un espacio único europeo de transporte perfectamente interconectado¹⁶; sin que esta multimodalidad suponga vetar o prohibir determinados medios de transporte.

18. Fijada conceptualmente la delimitación de la intermodalidad o multimodalidad debe precisarse si las medidas francesas que se analizarán en este trabajo se encuentran o no dentro de estos límites conceptuales. Este examen previo encuentra su razón de ser en la legitimidad que el objetivo del fomento de la intermodalidad del transporte europeo otorgaría a las medidas que se basan en él. Por ello, aquellas que no cumplan con la consecución final de esta finalidad, tomando como parámetro su marco delimitativo, pierden su causa legitimadora.

19. De forma preliminar, ya adelantamos que, bajo el paraguas del fomento de la intermodalidad de medios de transporte en el ámbito europeo, concretamente, entre el avión y el tren, se pretende trasladar artificialmente la demanda de la movilidad del transporte aéreo al transporte ferroviario en las distancias medias. Tal y como se justificará *infra*, se construye por el legislador francés la intermodalidad basada en una vinculación ineludible entre la prohibición de los vuelos en las distancias intermedias y el fomento del medio de transporte ferroviario, mimetizándose con las directrices europeas. Este enfoque se aparta de la consecución del objetivo inherente al concepto de multimodalidad propuesto y que, de forma abusiva, se enlaza indisolublemente con la sostenibilidad medioambiental.

¹⁴ Vid. a modo de ejemplo, el Plan RepowerEU aprobado por la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité Europeo de las Regiones, de 18 de mayo de 2022, y el Plan ReFuelEU Aviation aprobado por el Reglamento (UE) n.º 2023/2405 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de octubre de 2023, relativo a la garantía de unas condiciones de competencia equitativas para un transporte aéreo sostenible.

¹⁵ El transporte por carretera es considerado el más contaminante de la UE, tal y como se recoge en el Considerando 3 de la Directiva (UE) 2023/958 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 2023, por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE en lo que respecta a la contribución de la aviación al objetivo de la Unión de reducir las emisiones en el conjunto de la economía y a la adecuada aplicación de una medida de mercado mundial (en adelante Directiva (UE) 2023/958).

¹⁶ Vid. Anexo del Libro Blanco del transporte de 28 de marzo de 2011, titulado “*Hoja de ruta hacia un Espacio Único Europeo de Transporte: por una política de transportes competitiva y sostenible*”.

20. Apuntado lo anterior, se vislumbra ya el espíritu de la normativa francesa que se examinará en este trabajo, que no es otro que alcanzar una supuesta reducción de las emisiones contaminantes del transporte aéreo prohibiendo la prestación de su servicio, pero dirigida esta prohibición a atribuir en exclusiva al transporte ferroviario la demanda del mercado de dicho transporte aéreo, bajo la capa de la promoción de la intermodalidad.

21. Ello nos lleva a plantear cuál es la verdadera causa motriz de la prohibición ¿el impulso de la sostenibilidad o la asignación al medio ferroviario de la demanda del servicio del transporte aéreo prohibido? No es una labor sencilla dar una respuesta a este interrogante, por lo que, para obtener más luz sobre esta cuestión procede examinar el ámbito de aplicación de la prohibición impuesta.

2. Delimitación objetiva

22. La prohibición examinada se recoge en la Sección 2, artículo 145 del Capítulo IV de la Ley n.º 2021-1104, mediante el que se modifica el artículo L.6412-3, apartado II del Código de Transporte, como sigue:

“De conformidad con el artículo 20 del Reglamento (CE) n.º 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 2008, se prohíben los servicios regulares de transporte aéreo público de pasajeros en todas las rutas aéreas dentro del territorio francés cuando el trayecto también esté cubierto por la red ferroviaria nacional sin transbordo y mediante varios servicios diarios con una duración inferior a dos horas y media.

Un decreto del Consejo de Estado especificará las condiciones de aplicación del primer párrafo de este apartado II, en particular las características de las rutas ferroviarias afectadas, que deberán prestar un servicio suficiente, y las condiciones en las que podrá obviarse esta prohibición cuando los servicios aéreos transporten principalmente pasajeros en conexión o puedan considerarse como transporte aéreo de bajas emisiones de carbono. Asimismo, especificará los niveles de emisiones de dióxido de carbono por pasajero transportado y por kilómetro que deberán alcanzar los servicios aéreos para ser considerados como transporte aéreo de bajas emisiones de carbono.”.

23. A modo de inciso, procede realizar la pertinente crítica basada en la inclusión de una prohibición de tal envergadura en la Sección 2ª titulada “Otras disposiciones” de la Ley n.º 2021-1104. Ciertamente sorprende como la implantación de esta medida dada su repercusión, no goza de la entidad y protagonismo que le es merecida, quedando embebida en el marco de otras modificaciones del Código de Transporte francés.

24. En cuanto al examen de la delimitación objetiva de la prohibición, del tenor literal del precepto se desprende que se refiere a los servicios regulares de carácter público de pasajeros. Por lo tanto, su ámbito de aplicación no se proyecta desde una perspectiva universal, sino que deja excluida de su extensión la prestación del servicio de transporte aéreo privado de pasajeros y el transporte de mercancías.

25. En consecuencia, dicha delimitación de la medida se configura desde un posicionamiento parcial. Por un lado, esta prohibición se aleja de las bases sobre las que se realiza la promoción de la sostenibilidad medioambiental, según las políticas y la normativa que se expondrán a continuación y, por otro lado, esta medida produce una serie de vulneraciones en el régimen regulador de la competencia aplicable en el mercado del transporte francés, partícipe del mercado único europeo.

26. Desde la tesis del fomento de la sostenibilidad medioambiental, el marco aplicable impuesto en este veto se aparta de los objetivos predefinidos en esta vertiente de sostenibilidad, así como en las colaterales vertientes de sostenibilidad económica y social. Y ello es así, ya que la prohibición no se aplica a la movilidad realizada mediante el transporte aéreo privado, a pesar de ser calificado como uno de los servicios que más se distancia de los parámetros de sostenibilidad medioambiental. Máxime, da-

das sus emisiones de GEI y por la finalidad última de este tipo de desplazamientos¹⁷. Todo ello basado en dos premisas fundamentales.

La primera de ellas construida sobre la recomendación internacional de promocionar el transporte público frente al privado, en aras a alcanzar el objetivo de reducir las emisiones de GEI y otras problemáticas derivadas del sector del transporte.

27. Es reiterada e histórica la citada recomendación internacional de favorecer el impulso del transporte público frente al privado citando, como ejemplos de ello, la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992 y denominada la “Cumbre para la Tierra”, por la que se aprueba el “Plan 21 o Programa 21”. En dicho Plan 21 se dictan recomendaciones para fomentar el desarrollo sostenible, y en el que se incluye la promoción del transporte público.

Igualmente, en la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible, celebrada en Johannesburgo del 26 de agosto al 4 de septiembre de 2002, también se incide en esta recomendación del fomento del transporte público para favorecer la sostenibilidad en el ámbito del transporte.

28. Desde una perspectiva más reciente y vinculante para los EEMM, debe aludirse a la Agenda 2030. En dicha Agenda se incluye como Objetivo de Desarrollo Sostenible (en adelante ODS) número 11 la meta de “Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles”. En esta iniciativa el sector del transporte jugará un papel clave, por ello, se promueve el impulso del transporte público dentro de un sistema de transporte seguro, asequible, accesible y sostenible para la universalidad de la población.

29. Sentado lo anterior, resulta palpable que la imposición de la prohibición exclusivamente sobre el transporte aéreo público y su no aplicación al transporte privado de pasajeros constituye una vulneración de las bases históricas y recientes sobre las que se erigen las políticas y la normativa de sostenibilidad medioambiental. Es más, la imposición de esta medida en el marco del transporte aéreo privado de pasajeros podría incluso tener cierto arraigo justificativo, según los datos de emisiones GEI y su impacto en las proyecciones de la sostenibilidad medioambiental. De hecho, el empleo de los vuelos privados de pasajeros tiene mayor incidencia en aquellos desplazamientos inferiores a 500 kilómetros¹⁸.

30. Partiendo de lo expuesto, también debe abordarse el posicionamiento que las políticas y la normativa de sostenibilidad medioambiental en el transporte deben ostentar sobre las propias de la defensa de la sostenibilidad social o económica. Sin perjuicio de lo encomiable de la lucha por la implantación de un sistema de transporte que participe de los beneficios de las medidas en materia de sostenibilidad medioambiental, ello no puede conllevar un menoscabo de los deseados efectos en el camino del progreso de la sostenibilidad económica y social.

31. Desde el lado de la demanda del servicio de transporte, la sostenibilidad social debe ser defendida ante medidas como la ahora estudiada. Y ello, por la pugna que se produciría entre su ejecución y el efectivo cumplimiento del marco tuitivo regulador para la defensa de los consumidores y usuarios.

32. En este escenario, el Derecho de la competencia deberá defender la posición de dichos consumidores y usuarios como demandantes de los productos y servicios ofertados en el mercado del transporte y la movilidad.

¹⁷ Vid. el estudio realizado por S. GÖSSLING / A. HUMPE / J. C. LEITÃO, “Private aviation is making a growing contribution to climate change”, *Commun Earth Environ* 5, 666, 2024, <https://doi.org/10.1038/s43247-024-01775-z> disponible en <https://www.nature.com/articles/s43247-024-01775-z#FullText> Última visita el 27 de octubre de 2025. En este se afirma que “la aviación privada contribuyó con al menos 15,6 Mt de CO₂ en emisiones directas en 2023, o alrededor de 3,6 t de CO₂ por vuelo”; además, se identifica el empleo de este modo de transporte vinculado a actividades de ocio y eventos, particularmente en Francia, con el Festival de Cannes.

¹⁸ *Ibidem*.

Sin perjuicio de que el Derecho de los consumidores y usuarios no debe entenderse incluido *per se* en el régimen regulatorio de la competencia, sino como coadyuvante de su defensa¹⁹, lo cierto es, que los principios reguladores de la competencia favorecen el acceso de los consumidores y usuarios a los servicios de movilidad en el mercado único europeo. La libre competencia y la libre prestación de servicios se convierten en instrumentos protectores de estos consumidores, sobre los que construir el mercado único europeo en una economía de mercado liberal²⁰.

33. Por lo tanto, la configuración de esta prohibición incide en el respeto de la normativa reguladora de la competencia europea, tanto desde la perspectiva de los operadores aéreos como desde la perspectiva de los consumidores y usuarios. El sistema de transporte que debe alcanzarse o, al menos, progresar en su consecución para el año 2030 requiere la mejora del posicionamiento de los demandantes de la prestación del servicio de movilidad. Como se ha apuntado anteriormente, el sistema de transporte en el marco de este ODS 11 debe ser asequible y accesible para la universalidad de la población. Concretamente, estos requisitos de asequibilidad y de accesibilidad se dirigen a favorecer a la población más vulnerable, de tal suerte, que el transporte sea universal de todos y para todos, fomentando con ello la sostenibilidad social.

34. En esta línea, debe analizarse otra de las consecuencias de su imposición en exclusiva sobre el transporte aéreo público de pasajeros y la exclusión de esta prohibición del transporte aéreo privado. La medida afecta a la generalidad de los consumidores y usuarios que intervienen en el mercado de la prestación del servicio de transporte, atendiendo a su capacidad y disponibilidad económica. Por ello, esta prohibición no afectará a aquellos demandantes de movilidad que gocen de una capacidad económica elevada y privilegiada, los cuales pueden acceder a realizar dicho tipo de desplazamiento mediante el transporte aéreo de naturaleza privada y, de esta manera, evitar la prohibición impuesta para el transporte público y genérico de usuarios. Con esta distinción se genera un agravio comparativo entre consumidores y demandantes de movilidad, utilizando como marco discriminatorio su capacidad económica. Y ello, con mayor gravamen, ya que se perjudicará a la generalidad de los consumidores y usuarios, incluyendo a los categorizados como vulnerables, mientras que en nada perjudicará a los consumidores y usuarios que gocen de esa capacidad económica privilegiada.

35. Igualmente, esta prohibición produce la contrapartida de sancionar a aquellos demandantes que, pudiendo optar entre el transporte aéreo público y privado, eligen el fomentado transporte público. Y es que, con esta prohibición, el consumidor y usuario del transporte aéreo que tenga la capacidad económica que permita la elección, optará por el modo de transporte privado al ser el único existente y, por ello, por la opción más contaminante. Por lo tanto, con esta medida se produce el efecto contrario de favorecer la opción más contaminante y menos eficiente en la modalidad del transporte aéreo, alejándose de la causa de sostenibilidad medioambiental que le da legitimación.

36. Además del impacto negativo expuesto en el objetivo de la sostenibilidad, también merma esta medida el objetivo de la intermodalidad, al reducir la alternatividad de los modos de transporte

Esta alternatividad entre el transporte aéreo y ferroviario forma parte esencial de esa defensa de los consumidores y usuarios, como precisamente se defiende por la estrategia europea del transporte. Por lo tanto, la exclusión de esta alternatividad supone un quebranto para el posicionamiento de los consumidores y usuarios en la economía de mercado europea. Como se ha expuesto, mediante la imposición de esta prohibición se produce una estratificación de los consumidores y usuarios atendiendo a su capacidad económica, en perjuicio de la generalidad de los consumidores y usuarios, entre los que también se encuentran los más vulnerables.

¹⁹ M. PANIAGUA ZURERA / L. M. MIRANDA SERRANO, “La protección de los consumidores y usuarios y la irrupción del Derecho de los consumidores”, *Derecho (Privado) de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 25.

²⁰ R. BISKUP, “La economía social de mercado y la integración europea: orientaciones de política de orden económico para la integración de España en las Comunidades Europeas”, *Tercer Simposio Internacional de Economía Social de Mercado*, 1981, p. 11.

Por todo ello, esta prohibición sesgada aplicable exclusivamente al transporte aéreo público de pasajeros vulnera el citado ODS 11 de la Agenda 2030, así como los pilares más elementales sobre los que se erige la sostenibilidad social y los principios económicos del mercado único europeo.

37. Por otro lado, desde el prisma de la oferta, y también en el seno del Derecho de la competencia, la eliminación del transporte público de pasajeros en la prestación de este servicio de movilidad en las distancias medias concede al transporte aéreo privado la totalidad del mercado de la movilidad aérea en el que se aplique esta prohibición. Si bien es cierto que los demandantes de este servicio privado no suelen coincidir con los propios del transporte aéreo público, lo cierto es, que se atribuye en exclusiva a estos operadores aéreos la posible prestación de este servicio de movilidad.

38. Por lo tanto, el legislador francés vulnera su histórica encomienda de evitar el intervencionismo estatal en el mercado, basado en una economía social y de mercado²¹, máxime cuando de dicha intervención se produce de forma injustificada una discriminación respecto de los demandantes del servicio de movilidad, con el agravante de que los perjudicados serán precisamente los consumidores y usuarios con menor capacidad económica.

39. En conclusión, todo ello nos lleva a afirmar que la imposición de esta prohibición basada en una supuesta promoción de la sostenibilidad medioambiental se aplica solamente al transporte aéreo público de pasajeros, dejando al transporte aéreo privado, identificado como menos sostenible que el de naturaleza pública, sin ningún tipo de veto en la prestación de los servicios de transporte. Con ello, esta medida provoca un quebranto en el progreso de la propia sostenibilidad medioambiental que le da causa, así como de la sostenibilidad económica y social.

40. Otra de los comentarios que debe realizarse acerca de esta prohibición es que deja fuera de aplicación de este veto al servicio de transporte aéreo de mercancías. Ciertamente, extraña esta prohibición selectiva que omite extenderse a esta clase de transporte, a pesar de los negativos efectos que produce en el marco de la sostenibilidad medioambiental y su proyectado incremento futuro, tal y como se recoge en el Informe de la Agencia Europea del Medio Ambiente de 10 de octubre de 2024²².

41. Si bien es cierto, se incluye una propuesta de inclusión de este tipo de transporte en un futuro, como se recoge en el apartado III del artículo 145 de la ley francesa estudiada, el cual dispone que:

“En el plazo de un año a partir de la promulgación de la presente ley, el Gobierno presentará al Parlamento un informe sobre la posibilidad de extender el sistema previsto en el apartado II del artículo L. 6412-3 del Código de Transportes a las conexiones nacionales de mercancías con origen o destino en el aeropuerto de París-Charles de Gaulle, cuyo trayecto se realiza también en la red ferroviaria mediante una conexión de duración inferior a dos horas y media.”.

No obstante, a día de hoy, esta propuesta de extensión de la prohibición al transporte aéreo de mercancías no ha entrado en vigor. Por lo tanto, esta prohibición examinada tiene difícil encaje en la causa de promover la sostenibilidad medioambiental, como legitimadora de la medida aplicada.

²¹ Sin perjuicio de que en la actualidad existe una tendencia hacia la desregularización por parte de las instituciones. *Vid.* J. MASSAGUER FUENTES, “La regulación del Derecho de la competencia en el Anteproyecto de Código Mercantil”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 294, 2014, pp. 115 y ss. en M. BROSETA PONT / F. MARTÍNEZ SANZ, *Manual de Derecho Mercantil*, vol. I, Tecnos, Madrid, 2018, p.163.

²² “Se estima que se transportarán 1945 billones de toneladas-km en 2025 y 2027 billones de toneladas-km en 2030, lo que supone un incremento del 19,4 % en 2025 y del 24,5 % en 2030 con respecto a 2015. El escenario también estima que, en 2030, el 67,6 % del transporte de mercancías se realizará por carretera”. *Vid.* [https://www.eea.europa.eu/en/analysis/publications/sustainability-of-europes-mobility-systems/freight-transport-activity#:~:text=Key%20messages,crisis%20\(EEA%2C%202010\)](https://www.eea.europa.eu/en/analysis/publications/sustainability-of-europes-mobility-systems/freight-transport-activity#:~:text=Key%20messages,crisis%20(EEA%2C%202010).). Última visita el 29 de octubre de 2025.

3. Delimitación territorial

42. La prohibición estudiada tiene un alcance territorial delimitado “a todas las rutas aéreas dentro del territorio francés”²³. No obstante, debe realizarse la pertinente argumentación sobre la incidencia de esta medida nacional francesa en el mercado único europeo, especialmente, a los efectos de determinar la normativa a la que debe someterse.

43. La delimitación del ámbito aplicación de la prohibición al marco nacional genera la cuestión sobre si esta medida, además de quedar sometida al Derecho nacional francés, excluye o no la aplicación del Derecho europeo. En este supuesto, debe apuntarse que, a pesar de que los efectos de la medida se despliegan sobre el territorio francés, sí tienen impacto sobre el mercado único europeo. Esta posible incidencia de las disposiciones normativas nacionales en el marco regulador del Derecho europeo constituye doctrina consolidada²⁴, y así se refleja también en diversas resoluciones del TJUE²⁵.

Por lo tanto, los EEMM deberán respetar estos mandatos europeos, entre los que se incluye la debida normativa reguladora de la competencia. Y ello, ya que los legisladores de los EEMM están vinculados respecto de las disposiciones normativas europeas constitutivas del acervo comunitario²⁶, especialmente en este caso, por el TFUE que fija las normas constitutivas del Derecho de la competencia europeo.

44. En el caso que nos ocupa se vislumbra la imperatividad de supeditar la medida francesa estudiada a la normativa europea. Tal es así, que la aprobación de dicha medida punitiva debe imbricarse dentro del régimen europeo de transporte, especialmente, en el marco regulador de la libertad de prestación del servicio de transporte y de libertad de competencia, como se desarrollará *infra*.

45. También en la delimitación del ámbito territorial en el que está prohibición producirá efectos, debe apuntarse que el precepto no excluye de aplicación a las Regiones ultraperiféricas francesas (en adelante RUP). Si bien es cierto, no existe actualmente en las RUP francesas la posibilidad fáctica de aplicar esta medida.

No obstante, debe tenerse en cuenta cómo puede afectar esta prohibición a los residentes en estos territorios que deseen transitar al territorio continental europeo a través del Estado francés, con el que, seguramente, tendrán mejores conexiones. Obviamente, deberán emplear el medio aéreo para este transporte, pero una vez en territorio continental francés, si desean llegar a otro destino dentro de ese territorio, se les aplicará la prohibición estudiada. En consecuencia, se les impone obligatoriamente el empleo de dos modos de transporte, avión y tren, ya que, como se verá *infra*, los viajeros en conexión no quedan exentos de esta prohibición.

46. En este contexto, dichas RUP, reconocidas en el artículo 349 del TFUE, se caracterizan por sus particularidades inherentes, entre las que destaca la insularidad y la lejanía del territorio continental europeo. A su vez, dichas vicisitudes geográficas producen efectos colaterales en ámbitos temáticos que inciden directamente en el contexto de la movilidad, como son la energía, las infraestructuras y la problemática social.

47. Teniendo en cuenta este escenario, ninguna previsión *ad hoc* se realiza para dichas RUP y sus residentes, a pesar de adolecer dicha problemática particular que las hace merecedoras de un estatus normativo diferenciado atendiendo a sus necesidades, siguiendo el tenor recogido en el artículo 349 del

²³ Vid. apartado II.1 titulado “Descripción de la Medida” de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/2358.

²⁴ M. BROSETA PONT, / F. MARTÍNEZ SANZ, ob cit., p.168.

²⁵ Vid. STJCE de 24 de julio de 2003, Asunto C-280/00, Altmark Trans GmbH y Regierungspräsidium Magdeburg *versus* Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, [ECLI:EU:C:2003:415], Fundamento 78, sobre la concesión de subvenciones públicas y su impacto en el Derecho de la competencia.

²⁶ Vid. P. PESCATORE, “Aspectos judiciales del “acervo comunitario””, *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 8, núm. 2, 1981, pp. 331-366.

TFUE. Máxime, cuando para dichos territorios la movilidad y el mercado de la prestación del servicio de transporte constituye uno de sus requerimientos más esenciales²⁷. Es aquí donde también se revelará qué relevancia tiene la sostenibilidad social frente a su vertiente medioambiental, dada la cohesión social que favorece la alternatividad de la movilidad en esta casuística.

A tal efecto, el Considerando 11 del Reglamento (CE) n.º 1008/2008 sí considera en su confesión la *“gran lejanía geográfica, su insularidad o su pequeño tamaño, y la obligación de establecer enlaces adecuados con las regiones centrales de la Comunidad, procede adoptar medidas especiales sobre las obligaciones de servicio público en relación con las rutas a dichas regiones”*.

48. Por todo ello, debe tenerse en cuenta esta realidad de las RUP a los efectos de prolongar, revocar o modificar esta prohibición en el año 2026.

4. Delimitación temporal

49. La prohibición impuesta no puede nacer con una vocación de perpetuidad, debiendo configurarse desde sus orígenes con un plazo de vigencia limitado a un máximo de tres años ex artículo 20.1 del Reglamento (CE) n.º 1008/2008.

50. Debe precisarse que el primigenio artículo 145 de la Ley n.º 2021-1104 que introduce esta modificación en el Código de transporte, en su apartado tercero fijaba su entrada en vigor el último domingo del mes de marzo del año siguiente a su promulgación, esto es, el 27 de marzo de 2022. No obstante, y habiéndose dictado la Decisión de Ejecución (UE) 2022/2358 convalidadora de la medida por la Comisión Europea el 1 de diciembre de 2022, finalmente la prohibición entra en vigor el 24 de mayo de 2023.

Así se constata en el artículo R6412-21 del Código de transporte francés, fijando su aplicación durante un período de tres años, contado desde la entrada en vigor del Decreto n.º 2023-385 del 22 de mayo de 2023, por el que se especifican las condiciones para la aplicación de la prohibición de los servicios regulares de transporte aéreo público para pasajeros nacionales cuyo trayecto también se cubre por ferrocarril en menos de dos horas y media (en adelante Decreto n.º 2023-385). Según el artículo 2 de este Decreto, su entrada en vigor se produce el 24 de mayo de 2023, por lo tanto, esta prohibición deberá ser objeto de examen en aras a prolongar su vigencia, su revocación o su modificación para el 24 de mayo de 2026.

51. No obstante, el artículo R6412-22 del Código de transporte francés prevé una revisión anual y de carácter dinámico, pero enfocada a aumentar las rutas aéreas prohibidas, tal y como se desprende de su texto:

“Antes de cada temporada de aviación, el Ministro responsable de la aviación civil realizará una evaluación para determinar las rutas aéreas potencialmente afectadas para las que exista un servicio ferroviario alternativo satisfactorio. Informará a los transportistas interesados sobre las rutas aéreas que podrían verse prohibidas.”

Por lo tanto, las revisiones fijadas no parten de una perspectiva neutra, sino dirigida a la finalidad de sustituir el modo aéreo por el ferroviario, con independencia de los avances que en sostenibilidad se realicen en el transporte aéreo.

²⁷ Vid. apartado titulado *“Transporte”* del Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, al Comité de las Regiones y al Banco Europeo de Inversiones, sobre la aplicación de la Comunicación de la Comisión relativa a una asociación estratégica renovada y más fuerte con las regiones ultraperiféricas de la Unión Europea, de 23 de marzo de 2020.

III. Encaje de la prohibición en el artículo 20 del Reglamento (CE) n.º 1008/2008

1. Causa legitimadora y condicionamientos de la prohibición

52. Una vez delimitados los ámbitos de aplicación normativa, objetiva, territorial y temporal en los que se verán prohibidos determinados servicios de transporte aéreo público de pasajeros, debe evaluarse si esta medida es conforme con las disposiciones europeas en el marco regulatorio europeo del transporte aéreo, en concreto, con el artículo 20 del Reglamento (CE) n.º 1008/2008. Para ello, procede examinar cuáles son los requerimientos exigidos en el citado artículo 20 para, con posterioridad, verificar si en el caso francés examinado concurren o no.

53. El artículo 20, apartado 1 del Reglamento (CE) n.º 1008/2008 dispone que:

“Cuando existan graves problemas de carácter medioambiental, el Estado miembro responsable podrá limitar o denegar el ejercicio de los derechos de tráfico, en particular, cuando otros modos de transporte proporcionen niveles adecuados de servicio. La medida no será discriminatoria, no distorsionará la competencia entre compañías aéreas, no será más restrictiva de lo que resulte necesario para paliar los problemas y tendrá un período de vigencia limitado, no superior a tres años, concluido el cual se someterá a revisión”.

54. En primer lugar, este precepto reconoce la posibilidad que tienen los EEMM de limitar o denegar el derecho de tráfico, como una excepción al principio general recogido en el artículo 15 del Reglamento (CE) n.º 1008/2008, sobre el derecho de las compañías aéreas europeas a la prestación de servicios aéreos dentro de la UE²⁸. Este derecho debe enraizarse en el principio de libre prestación de servicios dentro del mercado único europeo, defendido por los artículos 59 y siguientes del TFUE, específicos para el transporte europeo.

55. Debe acotarse este concepto de “derecho de tráfico”, objeto de la posible denegación o limitación. Según el artículo 2, numeral 14 del citado Reglamento (CE) n.º 1008/2008 se define como “*el derecho a explotar un servicio aéreo entre dos aeropuertos comunitarios*”, quedando limitada la aplicación de la denegación o limitación a ese concreto servicio; sin que puedan extenderse los efectos del precepto analizado, por ejemplo, a los vuelos con origen o destino fuera de la UE.

56. En este punto, procede apuntar que el precepto literal del ordenamiento jurídico francés prohíbe “*todas las rutas aéreas dentro del territorio francés*”²⁹, sin excluir aquellas rutas aéreas que conecten los aeropuertos franceses con aeropuertos de terceros Estados. Debe tenerse en cuenta que en el estudio de la convalidación de esta prohibición con arreglo al artículo 20 del Reglamento (CE) n.º 1008/2008 encuentra su límite de aplicación a ese derecho de tráfico intraeuropeo definido *supra*.

57. Por ello, a los efectos de este trabajo, el estudio debe limitarse a la prohibición comprendida en este ámbito territorial entre dos aeropuertos que radiquen en el territorio de la UE, dentro del marco regulatorio del estudiado artículo 20. A modo de pincelada, ya que se excede de los fines aludidos, para el caso de que esta prohibición afectara a aquellas rutas aéreas que unen el territorio francés con un tercer Estado, deberá estarse a los acuerdos bilaterales o de otra índole de servicios aéreos, por extensión interpretativa del artículo 15.5 del Reglamento (CE) n.º 1008/2008, debiendo también velar por el cumplimiento de la normativa reguladora de la competencia.

58. Del tenor literal del artículo 20 estudiado se revela que, para admitir esta prohibición intraeuropea, es condición *sine qua non* la presencia de dos requisitos principales como son que existan

²⁸ El ámbito objetivo de aplicación de este Reglamento se fija en su artículo 1, quedando delimitado a la regulación del “derecho de las compañías aéreas comunitarias a explotar servicios aéreos intracomunitarios”.

²⁹ *Vid.* apartado II.1 titulado “*Descripción de la Medida*” de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/2358.

graves problemas medioambientales y que existan otros modos de transporte que permitan desarrollar ese servicio con normalidad. Véase que estos dos requerimientos son concurrentes, debiendo estar presentes para que esa limitación o denegación pueda llevarse a cabo.

Una vez constatada la existencia de estas dos premisas, podrá legitimarse dicha limitación o denegación del derecho de tráfico, ahora bien, esta medida deberá articularse con arreglo a los concretos principios.

59. En primer lugar, esta medida deberá regirse con arreglo al principio de igualdad para evitar discriminaciones. Siguiendo este principio de igualdad, debe precisarse que la prohibición de discriminación se recoge en la vertiente de igualdad material o real, con arreglo a la cual debe garantizarse una igualdad efectiva, atendiendo a las circunstancias concurrentes en los destinatarios de la norma³⁰. En este caso, a los operadores del tráfico aéreo y a los consumidores y usuarios.

60. En segundo lugar, la medida deberá respetar los principios reguladores de la competencia, si bien, según el precepto, limitado a las interacciones que esta medida puede ocasionar sobre las posiciones de las compañías aéreas en el mercado en el que operan. Con ello, deja fuera de este requerimiento las posibles interacciones de esta medida en el marco regulador de la competencia entre diversos modos de transporte.

61. En tercer lugar, la medida deberá respetar el principio de necesidad, es decir, esta medida debe responder a una problemática existente para darle remedio, pero sin que sus efectos sean más restrictivos de lo necesario para alcanzar dicha solución.

62. Por último, dado que la prohibición supone una excepción al derecho general de tráfico reconocido en el citado artículo 15 del Reglamento (CE) n.º 1008/2008, su vigencia debe responder a un marco temporal delimitado, en este caso, de tres años. Transcurridos dichos tres años, deberá revisarse la medida, a los efectos de mantenerla, suprimirla o reformarla.

63. A razón de lo expuesto, de la exégesis de este artículo 20 del Reglamento (CE) n.º 1008/2008 se revela que su finalidad es equilibrar el avance en el marco de la sostenibilidad medioambiental, pero garantizando la prestación del servicio público de transporte de una forma adecuada y sin que se quebrante innecesaria o desproporcionadamente el marco regulador de la competencia aplicable en el mercado único europeo.

2. Cronología del procedimiento y análisis crítico

64. Fijadas las bases normativas que determinan las pautas y los requerimientos europeos para dar luz verde a la medida, procede examinar el acomodo de la prohibición francesa a estos parámetros. Para ello, se examinarán las consideraciones sobre este asunto emitidas por la Comisión Europea en el seno del procedimiento regulatorio del apartado 2 del artículo 20 del Reglamento (UE) n.º 1008/2008, y recogidas en la Decisión de Ejecución (UE) 2022/2358 de la Comisión de 1 de diciembre de 2022 relativa a la medida francesa por la que se establece una limitación al ejercicio de los derechos de tráfico debido a problemas medioambientales graves, de conformidad con el artículo 20 del Reglamento (CE) n.º 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo (en adelante Decisión de Ejecución (UE) 2022/2358).

65. En aras a obtener la legitimidad preceptiva a nivel europeo de la prohibición estudiada, debe seguirse el procedimiento recogido en el apartado 2 del artículo 20 del Reglamento (CE) n.º 1008/2008, el cual dispone que:

“2. Cuando un Estado miembro considere necesaria la acción a que se refiere el apartado 1 in-

³⁰ E. CARMONA CUENCA, “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de estudios políticos*, núm. 84, 1994, p. 266.

formará a los demás Estados miembros y a la Comisión como mínimo tres meses antes de que entre en vigor la medida, dando la adecuada justificación de la acción. La acción podrá ejecutarse siempre que, dentro del plazo de un mes a partir de la fecha en que se reciba la información, no se oponga a la misma ningún Estado miembro ni la Comisión decida someterla a estudio, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3.”.

A tal efecto, el Gobierno francés notificó a la Comisión Europea el 17 de noviembre de 2021 los textos normativos de la prohibición estudiada, a la que acompañó un Proyecto de Decreto con las condiciones mediante las cuales debía ejecutarse el trasvase de la demanda de los servicios de transporte aéreo prohibidos hacia el medio ferroviario.

66. Tras esta notificación, las compañías aéreas y los representantes de los aeropuertos franceses³¹ manifestaron formalmente su oposición expresa a su aplicación, con base en el ahondamiento de la discriminación a la que se verían sometidas con su ejecución. Y ello, dado su evidente impacto en la normativa del Derecho de la competencia, la ineficiencia y la desproporcionalidad de la medida y la falta de una clara limitación temporal en su vigencia.

67. Además, aluden los afectados al contexto punitivo al que se encuentra sometido el transporte aéreo por la causa climática. A modo de ejemplo, citan ser objeto del Régimen europeo de comercio de derechos de emisión de la UE³² (en adelante RCDE de la UE) y las iniciativas contenidas en el Paquete de medidas “Objetivo55” derivado del Pacto Verde³³. A mayor abundamiento, en el marco normativo francés, además de la prohibición impuesta en el artículo 145 examinado, se obliga a las compañías aéreas que operen en Francia a la compensación de sus emisiones en las rutas nacionales, en virtud del artículo 147 de la citada Ley francesa; prestación que se sumaría a la aplicación del citado RCDE de la UE³⁴.

68. Ciertamente, el contexto planteado por los operadores del transporte aéreo y los aeropuertos franceses afectados ya se vislumbra una discriminación negativa *ex lege* de este modo de transporte frente a los restantes. Por lo tanto, la adición de esta prohibición de derecho de tráfico planteada agrava aún más el estatuto regulador del transporte aéreo por el legislador francés, con el consiguiente impacto en su competitividad y en el mercado único europeo. En consecuencia, dichas normativas pueden vulnerar los principios de economía social y de mercado, en los que debe fundamentarse el aludido mercado, según el artículo 119 del TFUE. Igualmente, puede suponer un quebranto de la libertad de prestación de servicios recogido en el artículo 15 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y en el artículo 58 del TFUE, así como implicar la eliminación de la libertad de competencia.

69. Ante este escenario, la Comisión plantea sus dudas acerca de la admisibilidad y la conformidad de esta prohibición con el marco jurídico vigente y aplicable en los “*términos de no discriminación, distorsión de la competencia, justificación y proporcionalidad*”³⁵. Por ello, requiere dicha Comisión al Gobierno francés para que amplíe la información contenida en su medida inicial, dando este respuesta el 9 de mayo de 2022 y el 21 de junio de 2022 a dicho complemento solicitado.

70. Inicialmente, la prohibición estaba planteada para ser aplicada en ocho rutas³⁶ pero, poste-

³¹ Vid. referencias CHAP(2021)03705 de 6 de octubre de 2021 y CHAP(2021)03855 de 20 de octubre de 2021, en el marco de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/2358.

³² Vid. M. J. ESTRADA MARGARETO, “Pasado, presente y futuro del Régimen Europeo de Comercio de Derechos de Emisión en el transporte aéreo. Su impacto en el Derecho de la competencia” en I. GONZÁLEZ CABRERA / B. FONTICIELLA HERNÁNDEZ (Dir.), *De la economía colaborativa al turismo sostenible: el nuevo Derecho del Siglo XXI*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2024, pp. 329-367.

³³ Vid. <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/fit-for-55/#package> Última visita el 29 de octubre de 2025.

³⁴ Vid. artículos 229-1 y siguientes del Código medioambiental francés.

³⁵ Vid. apartado II.2. titulado “*Decisión de la Comisión de 15 de diciembre de 2021*” de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/2358.

³⁶ En la versión inicial de esta prohibición se incluían las conexiones entre los aeropuertos de Marsella y Lyon, entre los

riormente, el Gobierno francés en estos complementos a la medida inicial opta por reducir la aplicación de esta medida a la conexión entre los aeropuertos París-Orly y los aeropuertos de Nantes, Lyon y Burdeos. Esta reducción se realiza ya que, en los otros casos contemplados, no existe la prestación del servicio ferroviario alternativo realizable en el plazo de 2 horas y media, y con las condiciones vistas *supra* sobre su adecuación. No obstante, se plantea por el Gobierno francés el estudio para lograr realizar en un futuro estos trayectos en la duración señalada y, de esta manera, extender la prohibición a estas rutas aéreas.

71. Con ello, se evidencia que la realidad fáctica existente no encaja con la propuesta de trasladar la demanda de un medio de transporte a otro en los términos deseados. Este choque de realidad se manifiesta dadas las necesarias actuaciones que deben ser llevadas a cabo para su materialización, por lo que, este trasvase de demanda implica una merma en la eficiencia, la sostenibilidad y la competitividad, al menos, desde el punto de vista económico. Especialmente, cuando ya existe un transporte aéreo que efectivamente realiza estos desplazamientos y se encuentra en plena fase de reconversión hacia la sostenibilidad y protección medioambiental, tanto de las aeronaves y sus elementos como de sus infraestructuras.

72. En este sentido, el Gobierno francés, para dar solvencia a su medida, alegaba la previsión de la Direction Générale de l'Aviation Civile (DGAC) de que esta prohibición supondría “una disminución de 55.000 toneladas en total de las emisiones de CO₂ debidas al transporte aéreo”³⁷, que representaban el 2,6% del total anual de emisiones de los vuelos nacionales en Francia³⁸. No obstante, con posterioridad a su aplicación, se ha calculado que el impacto de la medida representa el “0,23%” de las emisiones de las líneas nacionales francesas³⁹, ratificando con ello la alegación de ineficiencia de esta prohibición del derecho de tráfico emitida por las compañías aéreas y los representantes de los aeropuertos franceses.

73. Además, y enlazado con lo expuesto *supra* acerca del marco de aplicación temporal de la prohibición, en estos complementos a la medida remitidos por el Gobierno francés se rebaja el plazo de la “evaluación” de la medida, comprometiéndose a “llevar a cabo una evaluación de la medida veinticuatro meses después de su entrada en vigor y transmitirla a los servicios de la Comisión Europea. Este examen tendrá en cuenta, en particular, los efectos de la medida sobre el medio ambiente, incluido el cambio climático, así como sobre el mercado interior y los servicios aéreos”.

74. En este punto, el enfoque de esa supervisión debe ser criticada, en los términos expuestos en el apartado 40 de la Decisión de Ejecución estudiada. El fundamento de la revisión de la medida no debe ser si existe un medio sustitutivo al transporte aéreo, sino si la reducción de las emisiones de GEI y su valoración conjunta de sostenibilidad permite eliminar la restricción de la medida prohibitiva. Con ello, la medida se centra en el medio de transporte sustituto (el tren) cuando, atendiendo a su finalidad, debería enfocarse en el medio de transporte sustituido (el avión) origen de la problemática medioambiental alegada y sobre la que se basa la medida. De hecho, en la misma Decisión de Ejecución (UE) 2022/2358 se hace referencia a los esfuerzos que desde el sector aéreo se están realizando para su reconversión hacia la sostenibilidad. Igualmente, este examen supone una evaluación de la medida que no deja sin efecto los tres años fijados para su vigencia como se ha expuesto *supra*.

75. Finalmente, la Comisión en su Decisión de Ejecución (UE) 2022/2358 aprueba la admisibilidad de esta prohibición de los derechos de tráfico en su versión revisada de 21 de junio de 2022, al en-

aeropuertos París-Charles de Gaulle y los aeropuertos de Burdeos y Nantes, y entre los aeropuertos París-Orly y los aeropuertos de Nantes, Lyon y Burdeos.

³⁷ Vid. apartado III. titulado “Evaluación de la medida” de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/2358.

³⁸ Vid. <https://es.euronews.com/green/2024/07/06/un-ano-despues-de-la-prohibicion-en-francia-de-los-vuelos-de-corta-distancia-ha-animado-a-#:~:text=En%20junio%20de%202023%2C%20Francia,menos%20de%202%2C5%20horas> Última visita el 29 de octubre de 2025.

³⁹ Vid. <https://www.preferente.com/noticias-de-transportes/noticias-de-aerolineas/recurso-contr-la-prohibicion-de-vuelos-cortos-en-francia-313121.html> Última visita el 29 de octubre de 2025.

tenderla ajustada al artículo 20 apartado 1 del Reglamento (CE) n.º 1008/2008. No obstante, la Comisión deja la vía expedita para que cualquier perjudicado pueda impugnar esta medida punitiva en el ámbito nacional, por lo que serán las instituciones de los EEMM los que deban dictar las resoluciones acerca de la admisibilidad o no de la medida conforme a esta normativa.

3. Concurrencia de los requisitos de grave situación medioambiental y transporte sustituto a niveles adecuados de servicio

76. La Comisión convalida esta medida tras considerar que concurren las dos premisas exigidas por el artículo 20.1 del Reglamento (UE) n.º 1008/2008.

77. En primer lugar, constata la concurrencia de la exigencia de una situación medioambiental grave. Para ello, se refiere de forma preliminar a la Estrategia para una Movilidad Inteligente y Sostenible, al Pacto Verde y a la Ley Europea del Clima, resoluciones que promueven el transporte de ferrocarril como el único medio sostenible, siguiendo las premisas expuestas *supra*. Sin perjuicio de las consideraciones que realizaremos en el marco de la sostenibilidad del transporte europeo, a estas alturas, y siguiendo las conclusiones internacionales y europeas al respecto, debemos entender cumplido el primer requerimiento normativo.

78. En segundo lugar, el apartado 1 del artículo 20 requiere que la sustitución del tráfico aéreo prohibido se realice respetando “niveles adecuados de servicio”. Por lo tanto, la efectividad de la prohibición de la prestación del servicio de transporte aéreo público de pasajeros francés depende de la existencia de un servicio de movilidad ferroviaria adecuada, eficiente y garantizada, que pueda acoger la demanda del transporte prohibido.

79. Debe apuntarse que el precepto europeo fija un *numerus apertus* en cuanto a los modos de desplazamiento que pudieran suplir el servicio vetado, siendo la norma francesa la que, de forma exclusiva y excluyente, fija únicamente el transporte ferroviario como sustituto. Así se recoge en el artículo 145 de la Ley n.º 2021-1104, señalado anteriormente, y que viene a demostrar esa intención preferente de trasladar artificialmente la demanda del transporte aéreo al ferroviario.

80. Al mismo tiempo, el artículo 20 también fija un marco abierto sobre qué debe entenderse por la prestación del servicio de forma adecuada. En este sentido, la adecuación debe extrapolarse a la frecuencia del servicio, la comodidad y la accesibilidad económica, tal y como se recoge en la Estrategia para una Movilidad Inteligente y Sostenible⁴⁰. Igualmente, también pueden ser de aplicación las pautas marcadas por el artículo 16 de este Reglamento (UE) n.º 1008/2008 sobre la prestación del servicio público obligatorio del tráfico aéreo. Así se refiere en el complemento del Gobierno francés emitido el 9 de mayo de 2022, imponiendo al trayecto ferroviario sustituto que:

“[E]ste deberá ofrecer frecuencias suficientes y horarios convenientes conforme a lo dispuesto en el artículo 16 del Reglamento (CE) n.º 1008/2008 sobre las obligaciones de servicio público. Esta definición debe permitir garantizar la conformidad con el artículo 20 del mismo Reglamento, delimitando la definición de la medida mediante una definición precisa del concepto de “servicio suficiente”.”.

Finalmente, y siguiendo el mandato de la Comisión, el artículo R6412-21 del Código de transporte francés concreta de qué manera debe prestarse este servicio sustitutivo por el modo ferroviario para que sea considerado adecuado:

“Los servicios regulares de transporte aéreo público de pasajeros prohibidos por el apartado II del artículo L.6412-3 son aquellos para los que una conexión ferroviaria sustituible garantiza, en cada sen-

⁴⁰ *Id.* apartado 29 de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/2358.

tido, una duración de trayecto inferior a dos horas y media y que presentan las características siguientes:

“1º El viaje deberá realizarse entre estaciones que presten servicio a las mismas ciudades que los aeropuertos en cuestión. No obstante, cuando el mayor de estos dos aeropuertos, a la vista del tráfico medio registrado en los últimos siete años, esté conectado directamente con un servicio ferroviario de alta velocidad, la estación que se tendrá en cuenta para la aplicación de las disposiciones de este párrafo será la que preste servicio a dicho aeropuerto.

2º La conexión se proporciona sin transbordo entre estas estaciones, varias veces al día y con un servicio satisfactorio, en el sentido del artículo 20 del Reglamento (CE) n.º 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 2008, incluso en lo que respecta a la asequibilidad de las tarifas alternativas de transporte ferroviario. Para ello, las frecuencias deben ser suficientes y los horarios adecuados, teniendo en cuenta las necesidades de transporte de los pasajeros que utilizan esta conexión, en particular en términos de conectividad e intermodalidad, así como las transferencias de tráfico que se generarían por la prohibición.

3º La conexión deberá permitir más de ocho horas de presencia en el lugar durante el día, durante todo el año.”.

81. Véase lo prolijo de articular este medio ferroviario como sustituto del aéreo con los requerimientos expresados acerca de la adecuación del servicio, circunstancia que provocó la reducción de las ocho rutas aéreas que inicialmente estaban proyectadas para aplicar la limitación, quedando reducida la prohibición a tres rutas, como se aludió *supra*. Esta circunstancia evidencia que esa voluntad de sustituir el tráfico aéreo por el medio ferroviario debe acomodarse a la realidad existente; sin que pueda llevar a resultados ineficientes y anticompetitivos en el mercado único europeo.

82. Por último, la Comisión rechaza la posible aplicación de las excepciones a esta prohibición, constitutivas de verdaderas contraexcepciones que permitirían mantener el ejercicio del derecho de tráfico. Estas contraexcepciones se recogen por el legislador francés en el artículo L6412-3 del Código de transporte francés, si bien, sometidas a su concreción en un posterior Decreto del Consejo de Estado. Ya adelantamos *supra* que este Decreto se materializó en el Decreto n.º 2023-385, pero su redacción final se limitó a regular el servicio ferroviario suficiente, sin que precisase la aplicación de estas posibles contraexcepciones.

Estas contraexcepciones se planteaban en los siguientes términos en la propuesta inicial:

“[C]uando los servicios aéreos proporcionen principalmente el transporte de pasajeros en tránsito o pueda considerarse que prestan servicios de transporte aéreo sin emisiones de carbono. También establece el nivel de emisiones de CO₂ por pasajero que deben cumplir los servicios considerados libres de carbono»”⁴¹.

83. La Decisión de la Comisión (UE) 2022/2358 rechaza estas posibles contraexcepciones, ya que pueden constituir una discriminación entre compañías aéreas y una incidencia en el mercado desde el prisma de defensa de la competencia⁴².

84. Respecto de la excepción que amparaba a aquellos servicios de transporte destinados a cubrir la movilidad en tránsito, esta sí podía constituir un agravio comparativo entre aquellas compañías aéreas que, bajo esta circunstancia, podrían realizar el servicio vetado, frente al resto de aerolíneas cuyo servicio se dirige a cubrir las rutas prohibidas sin conexión. Por lo tanto, puede ser admisible y justificable la eliminación de esta posible contraexcepción. Es más, si se mantenía esta, se podría motivar el efecto de fraude de ley⁴³, aprovechando las compañías esta permisividad del transporte aéreo en tránsito con la finalidad de vulnerar la prohibición del derecho de tráfico.

⁴¹ Tal y como se recoge en la Decisión de Ejecución (UE) 2022/2358 de la Comisión, de 1 de diciembre de 2022.

⁴² *Vid.* apartado II.2, numerales 21 y 22 y apartado III, numeral 33 de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/2358.

⁴³ Procede delimitar el fraude de ley versus la actuación *contra legem* mediante la siguiente contraposición: “Obra contra la ley el que hace lo que la ley prohíbe; en fraude de ella el que, respetando las palabras de la ley, elude su sentido”. *Vid.* D’ORS ET AL., *Digesto de Justiniano I*, 1, 3, 29, 1968, p. 57 en P. SALVADOR CODERCH / A. AZAGRA MALO / A. FERNÁNDEZ CRENDE, “Autonomía privada, fraude de ley e interpretación de los negocios jurídicos”, *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2004, p. 8.

85. Conclusión opuesta debemos plantear ante la eliminación de la contraexcepción de aquellos servicios de transporte aéreo que sí cubran los parámetros de sostenibilidad en materia de emisiones. Y ello, ya que si la finalidad de la normativa es la eliminación o reducción de las emisiones y estos modos de transporte cumplen con lo deseado, deberían quedar exceptuados de dicha prohibición; máxime, dada la interpretación restrictiva de la aplicación del artículo 20 del Reglamento (CE) n.º 1008/2008 analizado *supra*⁴⁴.

86. En este sentido, la discriminación entre compañías aéreas radicaría en su mayor o menor sostenibilidad, por lo que la naturaleza de esta discriminación es positiva⁴⁵, debiendo por ello ser admitida. Este mismo suceso se da en el marco del RCDE de la UE, respecto de aquellas compañías que nada deben abonar al cumplir con los topes máximos prefijados de emisiones contaminantes. Es más, la configuración de este régimen permite calificar el parámetro de sostenibilidad como una ventaja competitiva frente a sus competidores en el mercado, en el marco de la estrategia genérica de ventaja basada en la diferenciación⁴⁶. De ahí, que todos los esfuerzos realizados por la compañía aérea para reconvertirse hacia la sostenibilidad se verían premiados en su posicionamiento dentro del mercado relevante, coadyuvando al progreso del interés general que supone la sostenibilidad medioambiental⁴⁷.

87. Por último, para la debida aplicación de esta contraexcepción deberían fijarse qué parámetros de emisiones CO₂ computados por pasajero serían necesarios, como indicador que permita calificar como libre de emisiones al transporte aéreo que pretenda beneficiarse de la contraexcepción. Este requisito debe enlazarse con la problemática en materia de contabilización de emisiones de CO₂. Actualmente, no existe una norma jurídica que identifique el método de cálculo de las emisiones de CO₂ de una manera segura, fidedigna y completa, estando en fase de tramitación una propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la contabilización de las emisiones de gases de efecto invernadero de los servicios de transporte⁴⁸.

88. Íntimamente relacionado con ello, se encuentra la argumentación de que las supuestas ventajas que produciría la inserción de esta medida radican en que el ferrocarril produce menores emisiones de GEI, debido a la fuente energética empleada.

89. Procede aludir al problema de fondo de las emisiones contaminantes del transporte aéreo, concretado en las escasas y en fase de prueba, fuentes energéticas disponibles para este medio de transporte. Colisiona esta negativa con el Plan RepowerEU, mediante el que se pretende la reconversión del sector del transporte, especialmente el aéreo, mediante la introducción de un porcentaje obligatorio de combustible sostenible (en adelante SAF) y la renovación de la flota aérea. Lo que hace ahondar más en la infundada negativa a la admisión de esta contraexcepción.

90. No obstante, la sostenibilidad medioambiental no se basa exclusivamente en la reducción de los GEI derivados del uso de un modo de transporte, sino que debe ser entendida en un conjunto de beneficios que promuevan la protección medioambiental.

91. Esta realidad nos lleva a cuestionar la premisa europea de sustituir el transporte aéreo por el ferroviario en las distancias medias, ya que la calificación de un modo de transporte como sostenible no debería basarse aisladamente en las emisiones de CO₂, derivadas en exclusiva de su funcionamiento en

⁴⁴ Vid. apartado III titulado “Evaluación de la medida”, numeral 23 de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/2358.

⁴⁵ Teniendo en cuenta el enfoque de la posible discriminación no en las técnicas empleadas para la desigual regulación, sino en los beneficiarios de estas por su posicionamiento con arreglo al grupo. Vid. E. URTEAGA OLANO, “Las políticas de discriminación positiva”, *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, núm. 146, 2009, p. 183.

⁴⁶ Vid. M. E. PORTER, *Ventaja competitiva: creación y sostenimiento de un desempeño superior*, Patria, México D.F., 2015, p. 67.

⁴⁷ Vid. B. LOZANO CUTANDA, *Derecho ambiental administrativo*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 387 en A. MILANO SÁNCHEZ, “El 2020 y el Derecho ambiental en Costa Rica” en G. GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA / J. JORDANO FRAGA / B. LOZANO CUTANDA / A. NOGUEIRA LÓPEZ, *Observatorio de políticas ambientales*, CIEMAT, Madrid, 2021, p. 214.

⁴⁸ Vid. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52023PC0441>, [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI\(2023\)757562](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI(2023)757562) y <https://countemission.eu/> Última visita el 30 de octubre de 2025.

el desplazamiento, sino que esta sostenibilidad debe enfocarse desde un prisma íntegro y completo. De esta manera, se puede alcanzar verdaderamente un avance en la sostenibilidad medioambiental, mediante las reducciones de emisiones que emite cada modo de transporte en su integridad.

92. Por ello, debemos plantear la tesis de que toda medida que pretenda excluir a un modo de transporte supuestamente contaminante, basada en impulsar una supuesta sostenibilidad no debe ser empleada cual presunción *iuris et de iure*. Cada iniciativa en el marco de la sostenibilidad deberá someterse, al igual que el resto de normativa, a su debido encaje con la realidad de las emisiones, verificadas estas a través de métodos seguros y contrastables. Solo de esta manera podrán respetarse y equilibrarse las iniciativas de sostenibilidad con los principios sobre los que se erige el mercado único europeo, concretamente, los correspondientes al mercado de transporte europeo.

93. En consecuencia, el transporte aéreo debe ser destinatario debido de las políticas de transición hacia la sostenibilidad medioambiental, en especial, en el marco de la transición energética⁴⁹. Con ello, se favorece su reconversión hacia la sostenibilidad medioambiental mediante la reducción, e incluso supresión, de las emisiones de GEI, con el colateral impacto positivo en el marco de la competitividad del sector del transporte europeo.

94. Por lo tanto, la exclusión por el legislador francés de las contraexcepciones basadas en la sostenibilidad, impulsado por la Comisión Europea⁵⁰, deslegitima la aplicación de esta prohibición, desvelando el propósito principal de su adopción, que no es otro, que trasladar la demanda de la movilidad en las distancias intermedias del transporte aéreo al transporte ferroviario.

4. Fronteras delimitativas de la prohibición

95. Una vez que se entiendan constatados estos dos requerimientos del artículo 20 del Reglamento (CE) n.º 1008/2008, la situación medioambiental grave y la sustitución adecuada del servicio prohibido, la limitación o denegación del derecho de tráfico aéreo deberá articularse de forma que no sea discriminatoria, no distorsione la competencia entre compañías aéreas, sea necesaria y de duración limitada. Estas exigencias prefijadas por la normativa europea responden al impacto que genera esta limitación o denegación del derecho de tráfico en el mercado del transporte y en el marco regulatorio de la competencia.

A) No discriminación y no distorsión de la competencia

96. En cuanto al requisito de no discriminación, la Comisión da una respuesta conjunta a este requisito y al requisito de no distorsión de la competencia entre compañías aéreas.

97. La condición de no discriminación de la medida se enfoca por la Comisión en los criterios de nacionalidad, identidad o modelo de negocio de una compañía aérea. En efecto, no existe discriminación por razones de nacionalidad, ya que dicha prohibición se acota desde el punto de vista territorial y no subjetivo. Por lo tanto, la prohibición es aplicable a cualquier operador del servicio de transporte aéreo que preste ese servicio en las rutas aéreas dentro de las fronteras francesas, con independencia de su nacionalidad o del domicilio. Dicha disposición cumple con la prohibición de discriminación de operadores atendiendo a su nacionalidad, tal y como se impone de forma global en el artículo 18 del TFUE y, concretamente, en el marco de la libre prestación de servicios en el artículo 61 del TFUE. Así se recoge en la STJCEE de 17 de diciembre de 1981, Webb, Asunto C-279/80, por la que se afirma que la libre

⁴⁹ *Vid.* Plan RepowerEU y Programa ReFuelEU Aviation citados *supra*.

⁵⁰ *Vid.* Decisión de la Comisión de 15 de diciembre de 2021 emitida en este caso.

prestación de servicios implica “la supresión de cualquier clase de discriminación contra el prestador de servicios por razón de su nacionalidad o de la circunstancia de que se encuentre establecido en un Estado miembro distinto de aquél en el que ha de prestarse el servicio”⁵¹.

98. No obstante, debemos discrepar con la convalidación por la Comisión de este requisito de no discriminación, ya que sí puede evidenciarse una discriminación por el modelo de negocio elegido por operadores del transporte dentro del mercado único europeo.

Esta conclusión se alcanza dada la penalización que sufren los operadores de las compañías aéreas simplemente por serlo, vulnerando la esencialidad del derecho de libertad de empresa amparado en el artículo 16 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Así se demuestra cuando en la ley francesa analizada, se pretende desplazar la demanda del servicio de movilidad del medio de transporte aéreo al medio de transporte por ferrocarril. Mediante esta medida se prohíbe, en definitiva, el ejercicio del principio de libertad de prestación de servicios en el mercado único europeo. Además, también se incide en el cumplimiento del principio de libertad de competencia, tanto en su vertiente de derecho a competir como en la obligación de la debida competencia⁵².

99. Se consagra esta afirmación cuando desde la Comisión se veta la posibilidad de admitir una contraexcepción basada en alcanzar este medio de transporte aéreo una calificación de libre en emisiones de carbono. Véase que si la finalidad de la medida, y en la que radica su legitimación, es el impulso de la sostenibilidad mediante la reducción de emisiones contaminantes, carece de fundamento vetar el derecho de tráfico aéreo a las compañías que lograsen ese calificativo de libres de carbono, como se ha apuntado *supra*.

100. Con esta medida se produce una discriminación y una distorsión de la competencia en el mercado de la prestación del servicio de movilidad por los diferentes operadores del transporte, en este caso, el ferrocarril y las compañías aéreas. La prohibición del derecho de tráfico aéreo supone una verdadera distorsión de la competencia, ya que esa demanda de movilidad pública de pasajeros va a ser desplazada a otro medio de transporte, el ferroviario. Tal y como recoge exprofeso el artículo 144 de la ley estudiada, dentro de la misma Sección que impone la prohibición analizada, el objetivo de estas disposiciones es “favorecer el cambio modal del avión al tren”.

101. Una vez que estos competidores reales del mercado de prestación del servicio de transporte han sido vetados, su demanda se traslada, por imperativo legal y no de mercado, al sector ferroviario. Este efecto provocado supone un reparto de mercado del transporte en las distancias medias, y se produce al quedar asignada la demanda de este servicio al transporte ferroviario y la demanda del transporte aéreo a las distancias largas. Este resultado se encuentra vetado por los principios más elementales de la competencia en el mercado único europeo, como es la prohibición de este reparto de mercado ex artículo 101.1.c del TFUE.

102. A su vez, con esta prohibición se excluye del mercado relevante la prestación del servicio de transporte aéreo a un competidor real, las prestadoras del servicio público de pasajeros, dejando la totalidad del mercado de la prestación de este servicio de tráfico aéreo para los operadores privados, con el consiguiente impacto en el marco de la defensa de la competencia. Y ello, dada la vulneración de los derechos a la libertad de empresa y de prestación de servicios amparados por los artículos 15 y 16 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y los artículos 49 y siguientes y 58 del TFUE.

⁵¹ STJCEE de 17 de diciembre de 1981, Webb, Asunto C-279/80, Procedimiento penal entablado contra Alfred John Webb, [ECLI:EU:C:1981:314].

⁵² A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Apuntes de Derecho Mercantil*, 9ª ed., Thomson & Reuters, Aranzadi, Navarra, 2008, p. 295, en J. COSTAS COMESAÑA, “El concepto de las restricciones de la competencia por objeto y su aplicación a los intercambios de información entre competidores”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo XXX, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 168.

103. Igualmente, esta medida supone un quebranto de los principios reguladores de la competencia en el mercado único europeo, ya que expulsa de este mercado a los operadores aéreos públicos. Esta expulsión es el resultado de la prohibición del ejercicio del derecho a la libre prestación del servicio y a la libertad de competencia, con el agravante de que se produce por imperativo legal y no de mercado.

104. En el mismo sentido debemos pronunciarnos acerca de la nimia contribución que su aplicación supone para el progreso en el marco de la sostenibilidad medioambiental, teniendo en cuenta la inexistente proporcionalidad entre los beneficios medioambientales obtenidos y las posibles vulneraciones normativas que conlleva vistas *supra*.

105. Por lo tanto, de lo analizado resulta que esta medida no cumple con el requisito de no discriminación en la identidad o modelo de negocio, y de no distorsión de la competencia, dada la vulneración del principio de libertad de empresa y de libre prestación de servicios, bajo un supuesto impulso de la sostenibilidad medioambiental.

B) Aplicación del principio de necesidad y duración limitada de la prohibición

106. Además de lo expuesto, el artículo 20 del Reglamento (CE) n.º 1008/2008 exige que esta prohibición sea necesaria para alcanzar la finalidad que le da causa. Este principio de necesidad debe encajarse con arreglo al principio de proporcionalidad, siguiendo doctrina consolidada⁵³ y ratificada en SSTJUE⁵⁴ y en el Derecho primario europeo⁵⁵.

107. Para el adecuado análisis del cumplimiento de este requisito, se puede aludir al juicio de proporcionalidad de la doctrina alemana⁵⁶, el cual se divide a su vez en tres juicios, siendo uno de ellos el parámetro de necesidad. Según este juicio, la medida limitativa del derecho de tráfico debe ser imprescindible para conseguir el reto de la finalidad y debe ir amparada por su menor onerosidad. Esto es, que no exista otra medida menos onerosa para alcanzar la finalidad que le da causa. A ello debe acompañar la interpretación restrictiva de la aplicación del artículo 20 del Reglamento (CE) n.º 1008/2008, con arreglo a su calificación de excepción a la regla general contenida en el artículo 15 de dicho Reglamento (CE)⁵⁷.

108. A este juicio responden las alegaciones contenidas en la denuncia formulada por las compañías aéreas y los representantes de los aeropuertos franceses, al aludir al contexto punitivo al que se encuentra sometido el transporte aéreo por la causa climática y expuesto *supra*. Por lo tanto, se puede afirmar que esta medida no es proporcionada y es excesivamente gravosa para los afectados, pudiendo optar por otra serie de medidas, ya vigentes, dirigidas a favorecer la sostenibilidad del transporte aéreo. En este sentido, a partir del 1 de enero de 2025, el artículo L1431-3 del Código de transporte francés, modificado por el artículo 139 de la Ley 2021-1104, de 22 de agosto de 2021, obliga a que:

“Toda persona que comercialice u organice un servicio de transporte de personas, mercancías o mudanzas deberá proporcionar al beneficiario del servicio información relativa a la cantidad de gases de efecto invernadero emitidos por el o los medios de transporte utilizados para prestar dicho servicio.”.

⁵³ Vid. R. PAZOS CASTRO, “El principio de subsidiariedad en la normativa europea para un mercado único digital”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 15, núm. 2, 2023, p. 803.

⁵⁴ STJUE de 16 de junio de 2015, Asunto C-62/14, Gauweiler y otros, [ECLI:EU:C:2015:400].

⁵⁵ Vid. artículo 5.4 del Tratado de la Unión Europea, Protocolo n.º 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad del TUE y Protocolo n.º 27 sobre mercado interior y competencia del TUE.

⁵⁶ Vid. C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2005 en L. CHANO REGAÑA, “Igualdad y principio de proporcionalidad en el Derecho Europeo: especial referencia a los derechos fundamentales”, *RUE: Revista Universitaria Europea*, núm. 23, 2015, p. 158.

⁵⁷ Vid. apartado III. “Evaluación de la medida”, numeral 23 de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/2358.

Esta obligación se impone por igual a todo operador del servicio de transporte, con independencia del modo de transporte, y de su especialidad en el desplazamiento de personas, mercancías o mudanzas. Además, el incumplimiento de esta obligación, según el mismo precepto, “*se sancionará con una multa administrativa que no exceda de 3.000 euros*”.

109. Este es un claro ejemplo de una medida que fomenta el impulsa la reconversión hacia la sostenibilidad medioambiental del transporte, respetando los principios de igualdad, de proporcionalidad, de necesidad y de coherencia con la normativa europea aplicable.

110. De igual manera, difícilmente puede calificarse como imprescindible esta prohibición del derecho de tráfico para conseguir el reto de la sostenibilidad medioambiental. Ello se evidencia con los nimios efectos de esta medida: la reducción del “0,23%” de las emisiones de las líneas nacionales francesas⁵⁸.

111. En consecuencia, no podemos dar por cumplido el parámetro de necesidad de la medida exigido en el precepto europeo, a diferencia de la convalidación emitida por la Comisión Europea.

112. Por último, en lo que respecta a la limitación de su duración, nos remitimos a lo expuesto en el análisis del ámbito temporal de la medida anteriormente analizado.

IV. Incumplimientos colaterales de la prohibición

113. De lo expuesto anteriormente resulta, a nuestro juicio, que la vigente prohibición del derecho de tráfico aéreo en el territorio francés no cumple los requisitos exigidos por el estudiado artículo 20 del Reglamento (CE) n.º 1008/2008. Igualmente, esta medida tampoco se acomoda a otras normas europeas, que conforman el acervo comunitario⁵⁹, y coetáneas a la convalidación de la Comisión con su Decisión de Ejecución (UE) 2022/2358.

Claro ejemplo de ello es el Reglamento (UE) n.º 2020/696 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 2020 por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 1008/2008, sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad en vista de la pandemia de COVID-19. Este Reglamento incluyó el artículo 21.bis en el Reglamento (CE) n.º 1008/2008 con la finalidad de facilitar la adopción de medidas de urgencia que pudieran afectar al derecho de tráfico de los operadores aeronáuticos ante la situación global de pandemia.

114. La novedad introducida permite llevar a cabo la prohibición del derecho de tráfico aéreo justificada ante la emergencia sanitaria, sin que se requiera el previo acuerdo de la Comisión exigido en el artículo 21.1 del Reglamento (CE) n.º 1008/2008, regulador de la limitación o denegación del derecho de tráfico por medidas urgentes. No obstante, estas medidas particulares deben ajustarse “*a los principios de proporcionalidad y transparencia y estarán basadas en criterios objetivos y no discriminatorios*”⁶⁰. Véase la esencialidad de los parámetros de proporcionalidad, objetividad y no discriminación ante la posible limitación o denegación del derecho de tráfico, incluso ante situaciones de emergencia como la vivida.

115. En el mismo contexto se crea el Plan de contingencia del transporte aprobado por la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 23 de mayo de 2022. Este Plan surge ante la misma pandemia que originó la prohibición y la limitación de los desplazamientos por motivos sanitarios. Dicho Plan de contingencia

⁵⁸ Vid. <https://www.preferente.com/noticias-de-transportes/noticias-de-aerolineas/recurso-contr-la-prohibicion-de-vuelos-cortos-en-francia-313121.html> Última visita el 29 de octubre de 2025.

⁵⁹ Vid. P. PESCATORE, “Aspectos judiciales del “acervo comunitario””, ob cit.

⁶⁰ Vid. artículo 21.bis apartado 1 del Reglamento (CE) n.º 1008/2008.

exigía que, en todo caso, estas limitaciones y prohibiciones de los desplazamientos debían respetar los principios de proporcionalidad, de no discriminación, de coordinación, de transparencia, de comunicación y diálogo, de coherencia con las políticas de la UE y de integridad del sistema de transporte⁶¹.

Extraña que se convalidara la prohibición basada en la sostenibilidad medioambiental, con la merma expuesta de los principios esenciales exigidos, dado el momento coetáneo en el que se adoptó la Decisión de Ejecución (UE) 2022/2358 por la Comisión y la vigencia en la aplicación de estas disposiciones normativas *ad hoc*.

116. Igualmente, esta Decisión emitida por la Comisión por la que se valida, en definitiva, el traslado de la demanda del tráfico aéreo al transporte ferroviario en las distancias señaladas, choca con las políticas europeas que impulsan la liberalización del transporte europeo ex artículos 59 y siguientes del TFUE. Mediante estas políticas liberalizadoras se pretende favorecer la competitividad y la competencia dentro del mercado de la UE⁶², siendo el transporte aéreo uno de los pioneros en materializar la proyectada liberalización del transporte en el mercado europeo⁶³.

117. Por el contrario, el sector del ferrocarril todavía adolece de una evidente deficiencia en el planeamiento y ejecución de la liberalización europea pretendida. A modo de ejemplo, en el ámbito español la liberalización de la prestación de este servicio ferroviario ha sido concretada en determinadas distancias, vetando su aplicación en los servicios calificados de servicio público obligatorio⁶⁴.

118. Por lo tanto, los supuestos beneficios que la liberalización en la prestación de servicios de movilidad había conseguido en el sector aéreo se ven mermados al sustituir su aplicación por un sector de movilidad escasamente liberalizado. Si desde la normativa europea se parte de que el fenómeno liberalizador ostenta efectos beneficiosos para la competitividad y la competencia, carece de justificación que la prestación de este servicio por un sector pionero y experimentado en la liberalización se vea sustituido por otro que carece de un régimen sólido de liberalización.

119. Además, la dificultad en la entrada de nuevos competidores en el mismo mercado ferroviario, atendiendo a la actual situación jurídica en los requisitos de acceso, posicionaría a los operadores estatales como dominantes en su posición en dicho mercado; sin perjuicio de que dicho dominio no supone una vulneración del marco normativo de la competencia. Por ello, su incidencia no queda relegada a un problema nacional en el reparto de mercado o en la vulneración de la libre prestación del servicio de movilidad y libre competencia, sino que afecta a la entrada de otros operadores pertenecientes a otros EEMM, extendiendo sus efectos al ámbito de aplicación de la normativa europea.

120. Consecuentemente, la aplicación de esta medida de desplazamiento de la demanda de la prestación del servicio desde el transporte aéreo al ferroviario, produciría directamente un contrasentido de las políticas europeas de liberalización del transporte, con un retroceso en la debida aplicación de los principios reguladores de la competencia.

121. En conclusión, tras la liberalización europea en el desempeño del sector del transporte aéreo a través de diversos paquetes normativos⁶⁵, se impone el debido respeto a las citadas libertades de prestación de servicios y de competencia. De todo ello resulta, que la medida estudiada debe com-

⁶¹ Vid. apartado 3.1 titulado “*Principios de contingencia del transporte*” del Plan de contingencia para el transporte.

⁶² Vid. <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/123/la-politica-comun-de-transportes-panorama-general> Última visita el 30 de octubre de 2025.

⁶³ N. C. OSPINA MOSQUERA, *La política comunitaria del cielo único europeo. Reflexiones sobre su impacto en el principio de soberanía: repercusiones en la política de liberalización del transporte aéreo: principios y mecanismos de estructuración*, Tesis Doctoral, Universidad Carlos III, Madrid, 2006.

⁶⁴ Véase el Informe sobre el proyecto de Orden Ministerial sobre el régimen de las autorizaciones para prestar servicios ferroviarios de transporte de viajeros sujetos a obligaciones de servicio público, de fecha 25 de junio de 2024. Disponible en el siguiente enlace <https://www.cnmc.es/expedientes/ipncnmc01424>

⁶⁵ Vid. M. V. PETIT LAVALL, “El acceso al mercado de transporte aéreo en el ámbito europeo”, *Actividad aeronáutica: nuevos retos y reflexiones desde un punto de vista multidisciplinar*, 2013, pp. 9-36.

patibilizarse con la esencia del efectivo cumplimiento de estas libertades, sin que sea viable prohibir la prestación del servicio de transporte aéreo público de pasajeros en determinadas distancias, bajo una supuesta causa legitimadora de impulso de la sostenibilidad medioambiental.

V. Conclusiones

122. La trascendencia que las instituciones europeas otorgan a sus actuales políticas del transporte en el mercado único europeo no constituye una novedad, sino una reiteración de la esencialidad de la prestación del servicio de transporte dentro de dicho mercado. La actual disrupción aparece en el escenario europeo ante las diversas iniciativas acompañadas de la correspondiente normativa que, en aras a promover una supuesta sostenibilidad medioambiental, pueden llegar a desvirtuar los principios fundacionales de la UE en el marco de la competencia. Los principios de libertad de la prestación de servicios y de libre competencia son los que, ante esta estrategia para implantar un transporte competitivo y sostenible, se verán principalmente afectados con la ejecución de iniciativas como la estudiada.

123. En este contexto, la prohibición francesa del derecho de tráfico aéreo en determinadas rutas se construye sobre el paradigma de la sostenibilidad medioambiental que representa el transporte ferroviario, creando sobre este último una auténtica presunción *iuris et de iure* de libre de carbono.

124. Ello nos lleva a realizar la oportuna crítica sobre la normativa que ampara esta prohibición con arreglo a dos conclusiones esenciales. La primera de ellas, ante el impacto negativo de la medida en el marco regulatorio de la competencia del mercado de transporte europeo. La segunda, ante la inconsistente efectividad de la prohibición respecto de la finalidad primordial pretendida de reducir las emisiones de GEI, mediante la sustitución del transporte aéreo por el transporte ferroviario en las distancias medias.

125. En cuanto a la incidencia de la prohibición del derecho de tráfico aéreo en el contexto regulatorio de la competencia, con esta medida se otorga al medio de transporte ferroviario, escasamente liberalizado, una posición privilegiada en la prestación de este servicio de transporte. Dicho posicionamiento se produce de una manera artificial, provocada por las instituciones públicas y no por los mandatos de la oferta y la demanda del mercado, en el marco de la economía social y de mercado que se defiende en el artículo 119 del TFUE. Sin perjuicio de que el posicionamiento dominante de un competidor no constituye una vulneración de los dictados del Derecho de la competencia, lo cierto es, que se ha producido la eliminación *ex lege* de un competidor real en el mercado de referencia aplicable, distorsionando con ello la competencia.

126. Por lo tanto, esta norma francesa, aplicable al transporte público de pasajeros, conlleva una discriminación directa al medio de transporte aéreo frente a los restantes medios de transporte en las distancias medias, distorsionando la competencia a costa de suprimir su derecho a la libre prestación de servicios y de libre competencia.

127. La misma conclusión se alcanza en el marco comparativo entre el transporte aéreo público y el transporte aéreo privado, otorgando a este último la totalidad del mercado en el que rige la prohibición.

128. Igualmente, esta medida no puede tener cabida dentro del principio de proporcionalidad en la elaboración normativa por las instituciones europeas, ya que sobrepasa los requerimientos necesarios y menos onerosos disponibles. Y ello, al tratarse de una medida basada en la eliminación del derecho de tráfico público de pasajeros de los operadores aéreos en las distancias medias para traspasar sus clientes, consumidores y usuarios a su competidor, en este caso, el ferrocarril.

129. Al mismo tiempo, esta medida es incoherente con las políticas europeas de transporte, especialmente, las dirigidas a la liberalización del sector del transporte e imbricadas en el progreso de la sostenibilidad económica y de la competitividad. En consecuencia, no puede ser amparada esta prohibición francesa por el ordenamiento jurídico europeo al vulnerar la normativa de la competencia aplicable.

130. En segundo lugar, la causa legitimadora de prohibir la prestación del derecho de tráfico aéreo en determinadas rutas es el impulso de la sostenibilidad medioambiental, ante la grave situación que se adolece en este sentido. No obstante, sobre esta premisa subyace otra finalidad que no es otra que primar el ferrocarril frente a otros medios de transporte, bajo la alegación de este es más sostenible que los restantes.

131. Las políticas energéticas europeas se dirigen expreso a la reconversión sostenible del transporte aéreo, a los efectos de reducir sus emisiones de GEI. En este ámbito, debemos resaltar el rechazo por la Comisión de la contraexcepción consistente en erradicar de la prohibición estudiada al transporte aéreo que cumpliera con este requisito de sostenibilidad. Con ello se demuestra que el objetivo del impulso de la sostenibilidad medioambiental alegada como causa legitimadora de esta prohibición cede ante la verdadera ratio legis de la norma, que no es otra, que *“favorecer el cambio modal del avión al tren”*.

Si bien los EEMM deberán continuar en su lucha por promover la sostenibilidad medioambiental, siendo el sector del transporte uno de sus principales objetivos, no es menos cierto, que las medidas que se adopten no pueden menoscabar los principios reguladores de la competencia en el mercado único europeo.

132. Por todo lo expuesto, y tras la exégesis de la normativa francesa que prohíbe el derecho de tráfico de determinados vuelos, procede concluir que la validación por la Comisión se aparta de los imperativos exigidos por el artículo 20 del Reglamento (CE) n.º 1008/2008 y es contraria a los principios reguladores de la competencia en el mercado único europeo.

133. Tras estas conclusiones debemos plantearnos cuál será el devenir de la norma francesa ante su vencimiento el próximo mayo de 2026. ¿Se prolongará la prohibición bajo el supuesto amparo de la sostenibilidad medioambiental?, ¿se revocará la medida punitiva admitiendo así la ineficacia de su implantación?, ¿se modificará su extensión y condicionamientos?, y si es así, ¿en qué términos? Hasta entonces, solo nos queda el consuelo de disfrutar de un viaje, supuestamente, sostenible.

El Tratado de la Ompi sobre la propiedad intelectual, los recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados: un análisis*

Wipo Treaty on Intellectual Property, genetic resources and associated traditional knowledge: un analysis

JAVIER FRAMIÑÁN SANTAS
Profesor titular de Derecho mercantil
Universidad de Santiago de Compostela

Recibido: 22.09.2025 / Aceptado: 23.12.2025

DOI: 10.20318/cdt.2026.10274

Resumen: El Tratado de la OMPI sobre la propiedad intelectual, los recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados (TPIRGCT) establece un requisito de divulgación en relación con los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos en las solicitudes de patentes. Este trabajo analiza las principales disposiciones del TPIRGCT.

Palabras clave: requisito de divulgación, recursos genéticos, conocimientos tradicionales asociados, patentes.

Abstract: The WIPO Treaty on Intellectual Property, Genetic Resources and Associated Traditional Knowledge (GRATK Treaty) establishes a disclosure requirement related to genetic resources and traditional knowledge associated with genetic resources in patent applications. This paper discusses the main provisions of the GRATK Treaty.

Keywords: disclosure requirement, genetic resources, associated traditional knowledge, patents¹.

Sumario: I. Preliminar II. El significado de los términos «patentes», «recursos genéticos» y «conocimientos tradicionales» en el TPIRGCT. 1. El término «patente». 2. El término «recursos genéticos». 3. El término «conocimientos tradicionales». III. Los objetivos del TPIRGCT. 1. Aumentar la transparencia. 2. Impedir la concesión errónea de patentes. 3. Regulación internacional del deber de divulgación. IV. El desencadenante del deber de divulgación. 1. El desencadenante en los antecedentes del TPIRGCT. A) Las propuestas de reforma del PCT y del ADPIC. B) El desencadenante en los borradores de tratado internacional discutidos en el CIG. a) El desencadenante en el «Documento consolidado» de 2019. b) El desencadenante en el *Chair's Text*. C) El desencadenante en el TPIRGCT. V. El contenido del deber de divulgación. VI. Sanciones y remedios. 1. Anteriores a la concesión de la patente. 2. Posteriores a la concesión de la patente. VII. Relación del TPIRGCT con otros acuerdos internacionales.

* Este trabajo es parte del Proyecto de investigación PID2023-147552NB-I00: «Industria alimentaria y bienes inmateriales», financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER, UE.

I. Preliminar

1. El Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) de las Naciones Unidas adoptado en la Cumbre de la Tierra en Río de Janeiro en el año 1992 persigue la protección de la biodiversidad, el uso sostenible de sus componentes y el reparto justo y equitativo de los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos (art. 1)¹. En 2010 se adopta el Protocolo de Nagoya (PN) que desarrolla el CDB en lo relativo al reparto de beneficios². Tras la aprobación del CDB se abrió, en diversos foros internacionales y en el ámbito académico, un intenso debate sobre las relaciones de este tratado y los Derechos de propiedad intelectual, especialmente el Derecho de patente y el Derecho de obtenciones vegetales. Un artículo del CDB, en particular, era clave para este debate: el art. 16.5. En este artículo las Partes Contratantes reconocían que las patentes y otros derechos de propiedad intelectual pueden influir en la aplicación del CDB, y se comprometían a cooperar a este respecto, y de conformidad con la legislación nacional y el derecho internacional, “para velar por que esos derechos apoyen y no se opongan a los objetivos del [CDB]”.

2. Un grupo de Estados –en general Estados poco desarrollados económicamente pero con una gran biodiversidad– interpretaron el CDB en el sentido de que obligaba a modificar el Derecho internacional y nacional de propiedad intelectual. Entre otras cosas, según este enfoque, la consecución de los objetivos del CDB y, en particular, el reparto de los beneficios pasaba porque las partes contratantes estableciesen en el marco de sus Derechos de propiedad intelectual un deber de divulgación de contenido amplio. En particular, debía obligarse a incluir en las solicitudes de patentes relativas a recursos genéticos y a conocimientos tradicionales información sobre su origen y el cumplimiento de la normativa nacional de acceso a los mismos. El incumplimiento de este deber comportaría o bien el rechazo de la solicitud de patente o la pérdida de la patente en el caso de que se hubiera llegado a registrar. Los Estados partidarios de esta interpretación creían que el deber de divulgación ayudaría a luchar contra la apropiación indebida de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales³.

3. Otro grupo de Estados y organizaciones internacionales sostenían que no había incompatibilidad alguna entre los Derechos de propiedad intelectual y los objetivos del CDB. Por lo que respecta a las patentes estas se conceden en relación con inventos nuevos y dotados de altura inventiva. En consecuencia, no es legalmente posible apropiarse por medio de una patente de recursos naturales o conocimientos tradicionales en sí mismos considerados.

Algunos de los Estados que defendían esta interpretación, sin embargo, se mostraron partidarios de reconocer un requisito de divulgación de alcance limitado como medio para contribuir a la consecución de los objetivos del CDB y a la lucha contra la biopiratería. Todos estos Estados compartían la idea de que el incumplimiento de este deber no “prejujgaría” la validez de la patente.

Otro grupo de Estados, con Estados Unidos a la cabeza, eran contrarios al establecimiento de un requisito de divulgación en el Derecho de patentes por considerarlo ineficiente.

4. El debate al que acabamos de referirnos también se planteó en la Organización Mundial de la Propiedad intelectual (OMPI). En el seno de la OMPI las deliberaciones sobre el requisito de divulgación se intensificaron con la creación del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y

¹ <https://www.cbd.int/convention/text>, (consultado por última vez el 18 de septiembre de 2025).

² Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al Convenio sobre la diversidad biológica, hecho en Nagoya (Japón) el 29 de octubre de 2010, disponible en <https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-es.pdf>, (consultado por última vez el 18 de septiembre de 2025).

³ En muchas ocasiones se utiliza el término biopiratería para referirse a la apropiación sin autorización de recursos genéticos y conocimientos tradicionales mediante derechos de propiedad intelectual, pero es un término con una carga política mayor que el de apropiación indebida. Sobre el término biopiratería, vid. M. RUIZ MULLER, *Genetic resources as natural information. Implications for the Convention on Biological Diversity and Nagoya Protocol*, Routledge, Abingdon Oxon y Nueva York, 2015, p.2., J. D. SARNOFF y C. M. CORREA, *Analysis of options for implementing disclosure of origin requirements in intellectual property applications*, United Nations, Nueva York/Ginebra, 2006, pág. vii.

Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (CIG) en el año 2000⁴. A lo largo de los años en el CIG se discutieron una serie de proyectos de tratados relativos al requisito de divulgación, borradores que pueden considerarse los antecedentes remotos del actual TPIRGCT. En general, de una u otra forma, las diferentes posturas en torno al requisito de divulgación a las que acabamos de referirnos quedaban reflejados en ellos⁵. Finalmente, después de años y años de debate, el trabajo de la OMPI dio sus frutos. El 24 de mayo de 2024 se adoptaba en Ginebra el TPIRGCT. El TPIRGCT obliga a las Partes contratantes a establecer un deber de divulgación en sus Derechos de patentes que obligará a los solicitantes de patentes basadas en recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados a revelar información sobre su origen.

II. El significado de los términos «patentes», «recursos genéticos» y «conocimientos tradicionales» en el TPIRGCT

5. De acuerdo con el art. 1 del TPIRGCT sus objetivos son mejorar la calidad del sistema de *patentes* y evitar la concesión errónea de *patentes* en lo que respecta a los *recursos genéticos* y a los *conocimientos tradicionales asociados*. Por su parte el art. 3 del TPIRGCT refiere el deber de divulgación exclusivamente a las solicitudes de *patentes*. Es necesario antes de analizar el deber de divulgación del TPIRGCT aclarar qué significan los términos patentes, recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados.

1. El término «patente»

6. Durante el largo proceso que condujo a la elaboración del TPIRGCT, el CIG discutió en numerosas ocasiones si el deber de divulgación debía exigirse a todo solicitante de un derecho de propiedad intelectual basado en recursos genéticos o conocimientos tradicionales⁶. Finalmente, se impuso la tesis de que, en principio, el ámbito de aplicación del TPIRGCT debía circunscribirse exclusivamente a las solicitudes de patentes. Decimos en principio porque el art. 8 del TPIRGCT establece que las partes contratantes reexaminarán el deber de divulgación cuatro años después de su entrada en vigor, estudiando “cuestiones tales como la posible ampliación del requisito de divulgación (...) a otras esferas de la propiedad intelectual”. Por tanto, en el futuro podría extenderse la aplicación del TPIRGCT a otros derechos de propiedad intelectual diferentes de las patentes.

7. No deja de ser curioso, sin embargo, que el Tratado que estamos examinando se llame «Tratado de la OMPI sobre la *propiedad intelectual*, los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados» (la cursiva es nuestra). Quizás los antecedentes, la previsión de que el TPIRGCT pueda extenderse en el futuro a otros derechos de propiedad intelectual y el deseo de contentar a los partidarios de no reducir el deber de divulgación a las solicitudes de patentes expliquen el nombre del Tratado.

8. El art 2 del TPIRGCT contiene un listado de algunos de los términos empleados en su texto con sus correspondientes definiciones pero en este listado no figura la palabra patente. Podríamos pensar que su significado es evidente. Sin embargo, debemos plantearnos qué se debe entender por «patentes» en el contexto del TPIRGCT. La pregunta es pertinente porque el término patente no tiene

⁴ OMPI (Asamblea General), Asuntos relacionados con la propiedad intelectual, los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales y el folclore, Ginebra, 2000, WO/GA/26/6.

⁵ Vid., los objetivos de política de las diferentes propuestas de textos para un tratado internacional sobre el deber de divulgación discutidas en el CIG en, por ejemplo, el Documento consolidado en relación con la propiedad intelectual y los recursos genéticos, WIPO/GRTKF/IC/23/4, (2012), el Documento consolidado en relación con la propiedad intelectual y los recursos genéticos, WIPO/GRTKF/IC/28/4 (2014), y el Documento consolidado en relación con la propiedad intelectual y los recursos genéticos, WIPO/GRTKF/IC/40/6, (2019), (preámbulos y art. 2).

⁶ Vid. por todos, OMPI, Documento consolidado (2012), op. cit. y Documento consolidado (2014), op. cit.

un significado unívoco en todas las jurisdicciones. La respuesta a la pregunta sobre el significado del término patente condicionará a su vez la interpretación del art. 9 TPIRGCT (examen) y su referencia a «otras esferas de la propiedad intelectual». Cuanto más amplio sea el concepto de patente más reducido será el de otras esferas de propiedad intelectual del art. 9 TPIRGCT y a la inversa.

9. Podría pensarse, en primer lugar, que el TPIRGCT deja en libertad a las Partes contratantes para definir qué se entiende por una patente a los efectos de su aplicación. De modo que las Partes contratantes estarían obligados a prever un deber de divulgación en relación con todos aquellos derechos de propiedad industrial que reciben el nombre de patente en su ordenamiento. Sin embargo, esta interpretación no parece admisible a la vista de los objetivos del TPIRGCT (art. 1). En efecto, de acuerdo con este artículo los objetivos del TPIRGCT son aumentar la eficacia, la transparencia y la calidad del sistema de patentes e impedir que se concedan erróneamente patentes para invenciones que no sean nuevas ni conlleven actividad inventiva en lo que respecta a los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos (vid. también el art. 3 y su referencia a la *invención reivindicada* en la solicitud de patente). En consecuencia, parece que el TPIRGCT solo obliga a establecer un deber de divulgación en relación con derechos de propiedad intelectual que tengan por objeto *invenciones* y que de acuerdo con la regulación interna esté previsto un control de su novedad y altura inventiva. Se ha sugerido que el deber de divulgación regulado en el TPIRGCT se refiere a las invenciones *técnicas*⁷. Y esta parece una conclusión acertada, de acuerdo con el art. 31 de la Convenio de Viena “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.”⁸ Es cierto que el término invención podría entenderse en el sentido de creación intelectual. Pero cuando se relaciona la palabra invención con el requisito de la novedad y la altura inventiva, y este conjunto de términos se interpretan de acuerdo a su sentido corriente parece acertada la conclusión de que por invención hay que entender invención técnica.

10. En consecuencia, el TPIRGCT no afecta a todos aquellos derechos de propiedad intelectual que no tengan por objeto invenciones técnicas y en particular los derechos de diseño por más que en algunas jurisdicciones el título que se conceda para protegerlos lleve el nombre de patente⁹.

11. Algunos autores han defendido en relación con la Propuesta del TPIRGCT –que era idéntica en este punto al TPIRGCT final– que sería de aplicación a los modelos de utilidad («utility models» o «petty patents») en la medida en que el término patente se entienda en un sentido amplio, referido en general a invenciones técnicas¹⁰. En este sentido la Propuesta del TPIRGCT comprendería muy probablemente según estos autores los modelos de utilidad («Gebrauchsmuster») regulados por la Ley de modelos de utilidad alemana o pequeños derechos de patente comparables de otras jurisdicciones¹¹.

12. También se ha defendido que, aunque no es del todo claro, el término patente de la propuesta del TPIRGCT podría englobar los certificados complementarios de protección para los medicamentos y los productos fitosanitarios (CCP)¹². Se dice que aunque los CCPs tienen un objeto de protección más

⁷ G. WÜRTENBERGER y S. FREISCHEM, GRUR taskforce ICG: The WIPO draft international legal instrumenting relating to intellectual property, genetic resources and traditional knowledge associated with genetic resources-overview and analysis, *GRUR International*, v. 73, nº2, febrero 2024, pp.139-151, 145.

⁸ *Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969.

⁹ G. WÜRTENBERGER y S. FREISCHEM, op. cit., p.145.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Gebrauchsmustergesetz (GebrMG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 28. August 1986 (BGBl. I S. 1455)*(versión reformada de agosto de 2021).

¹² Reglamento (CE) nº 469/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de mayo de 2009 relativo al certificado complementario de protección para los medicamentos, DOUE L 152 de 16 de junio de 2009, p. 1, modificado por el Reglamento (UE) 2019/933 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 469/2009 relativo al certificado complementario de protección para los medicamentos, DOUE L 153 de 20 de mayo de 2019, p.1 (en lo sucesivo RCCPM) y el Reglamento (CE) nº 1610/96 del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de julio de 1996, por el que se crea un certificado complementario de protección para los productos fitosanitarios (RCCPF en adelante).

limitado que la patente de base (arts. 4 RCCPM) lo cierto es que conceden los mismos derechos que esta última y están sujetos a las mismas limitaciones y obligaciones (art. 5 RCCPM) y por este motivo podrían considerarse comprendidos en el ámbito de aplicación del TPIRGCT¹³.

13. Se ha defendido también –en relación con la propuesta del TPIRGCT– que la protección de las variedades vegetales a través de un sistema *sui generis* podría estar comprendido en el ámbito de aplicación del TPIRGCT¹⁴.

14. Sin duda existen argumentos a favor de una interpretación generosa del término patente del TPIRGCT. Por un lado, el TPIRGCT se refiere en varias ocasiones al “sistema de patentes”. Así en su artículo 1 se dice que uno de los objetivos del Tratado es aumentar la eficacia, la transparencia y la calidad del *sistema de patentes* (vid. en el mismo sentido los párrafos primero y tercero del preámbulo). La palabra “sistema” parece remitir a un conjunto, y bien podría entenderse que el TPIRGCT tiene por objeto el conjunto de títulos que se conceden por las oficinas de propiedad industrial, previa solicitud, para proteger las invenciones técnicas. En este sentido el término “sistema de patentes” habría que interpretarlo como sinónimo de sistema de protección de las invenciones técnicas de una parte contratante.

15. Y, por otro lado, en el art. 1 TPIRGCT se indica que el objetivo es evitar la concesión errónea de patentes que no sean nuevas ni conlleven actividad inventiva. Por lo tanto, el término patente comprende todo derecho de propiedad intelectual previsto en un Estado parte relativo a una invención, sometido a un procedimiento de registro, y en relación con el que se puede controlar su novedad y actividad inventiva. Es decir, el término patente no puede entenderse reservado exclusivamente para las invenciones dotadas de novedad internacional, en el que el estado de la técnica comprenda divulgación por cualquier medio incluidas las anterioridades orales o de uso y que conlleven una actividad inventiva máxima. Por estas razones, comparto la opinión de aquellos que sostienen que el término de patente del TPIRGCT englobaría las invenciones técnicas “menores” o de “segundo grado” y no solo las patentes.

16. En cuanto a los CCPs estoy también de acuerdo con entenderlos comprendidos en el concepto de patente del TPIRGCT. Es cierto que los CCPs son títulos de propiedad intelectual diferentes de las patentes –si se quiere *sui generis*– pero no son independientes de las mismas¹⁵. Los CCPs son títulos accesorios de la patente de base¹⁶. Esta relación de accesoriedad se refleja entre otras cosas en que si la patente de base se declara nula –por falta de los requisitos de patentabilidad (invención, novedad, actividad inventiva o aplicación industrial)– se extinguirá el CCP accesorio (vid. v.gr. el art. 15 del RCCPM y del RCCPF). Y en este punto podemos conectar los CCPs con el art. 1 del TPIRGCT.

17. Como explicamos más arriba el término patente del TPIRGCT se identifica con el derecho de exclusiva que los ordenamientos nacionales o regionales prevén para invenciones nuevas y que impliquen actividad inventiva. Esto, a mi juicio, excluiría del ámbito de aplicación del TPIRGCT los derechos de obtenciones vegetales protegidos mediante un sistema *sui generis*, derechos cuyo registro se condiciona a la existencia de una variedad que sea nueva, distinta, homogénea y estable.

2. El término «recursos genéticos»

18. El deber de divulgación previsto en el TPIRGCT se activa cuando la invención reivindicada en una solicitud de patente esté basada en *recursos genéticos* o en *conocimientos tradicionales asocia-*

¹³ G. WÜRTENBERGER y S. FREISCHEM, op. cit., p. 145.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ J.A. GÓMEZ SEGADÉ, Certificado complementario de protección de los medicamentos, en J.A. GÓMEZ SEGADÉ, *Tecnología y Derecho. Estudios jurídicos del Prof. Dr. H. c. José Antonio Gómez Segade recopilados con ocasión de los XXV años de cátedra*, Madrid, Marcial Pons, 2001, pp.511-513, 512.

¹⁶ *Ibid.*

dos a dichos recursos. De acuerdo con el art. 2 del TPIRGCT el término “recursos genéticos” se define como “el material genético de valor real o potencial”. También en el art. 2 se nos dice que por material genético se entenderá “todo material de origen vegetal, animal, microbiano o de otro tipo que contenga unidades funcionales de la herencia”.

19. Estas definiciones de recursos genéticos y materiales genéticos proceden del CDB y el PN. En efecto, en la nota 1 del TPIRGCT se aclara que «la definición de “recursos genéticos”, *en concordancia con la manera en que se entiende el término en el contexto del Convenio sobre la Diversidad Biológica*, no tiene por fin incluir los “recursos genéticos humanos”» (la cursiva es nuestra). Y, por otro lado, en las notas al art. 2 del *Chair’s Text*, el Sr. IAN GOSS explicaba que «las definiciones de recursos genéticos, material genético, país de origen y condiciones in situ enumeradas en la lista de términos se han tomado directamente de los acuerdos multilaterales existentes en relación con los RR. GG.[recursos genéticos], sobre todo del CDB»¹⁷. Así pues, el término «recursos genéticos» debe ser interpretado en el sentido en el que se entiende en el ámbito del CDB. La utilización del término recurso genético en la forma definida por el CDB se explica porque el TPIRGCT pretende aumentar la transparencia del sistema de patentes como medio de apoyo al CDB y al resto de tratados medioambientales.

20. Para decidir si estamos ante un material genético en el sentido del CDB o de una naturaleza diferente la clave radica, como es evidente, en si contiene unidades funcionales de la herencia¹⁸. Estamos ante una cuestión técnica que en cada caso concreto deberán resolver los expertos. En todo caso, se suele decir que un material contiene unidades funcionales de la herencia cuando están presentes elementos de DNA (ácido desoxirribonucleico) y en algunos casos RNA (ácido ribonucleico)¹⁹. En el ámbito de la UE, el término unidades funcionales de la herencia empleado en el CDB se entiende en el sentido de genes²⁰.

21. Siguiendo lo acordado por la Conferencia de las partes en el ámbito del CDB, el término «recursos genéticos» no comprende, como hemos adelantado, los recursos genéticos humanos²¹. La UE entiende que los microorganismos (como bacterias, hongos y virus) que residen en el interior o en la superficie del cuerpo humano, la microbiota humana, son recursos genéticos de naturaleza no humana por más que estén asociados a nuestra especie y, por lo tanto, están comprendidos en el ámbito de aplicación del CDB²².

¹⁷ OMPI, Texto del proyecto de Instrumento jurídico internacional relativo a la propiedad intelectual y los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos preparados por el Presidente”, WIPO/GRTIKF/IC/43/5 (2022), (en lo sucesivo, *Chair’s Text*). El *Chair’s Text* fue redactado por el Sr. IAN GOSS, a la sazón presidente del CIG, para superar el *impasse* que se vivía en este comité incapaz, tras años de deliberaciones, de llegar a un acuerdo sobre el requisito de divulgación. El *Chair’s Text* va acompañado de unas notas explicativas que son importantes para la interpretación del TPIRGCT, no solo por ser su antecedente sino también porque en buena medida ambos textos tienen contenidos idénticos.

¹⁸ El art. 2 del CDB se refiere al material genético como material de origen vegetal, animal, microbiano o *de otro tipo*”. El CDB no define que significa «de otro tipo» («or the other origin» en la versión inglesa). Se ha sugerido que la expresión «de otro tipo» podría interpretarse en el sentido de que comprende muestras medioambientales como suelo, sedimentos o líquidos que incluyan o bien plantas, animales o material microbiano que contienen unidades funcionales de la herencia o bien unidades funcionales de la herencia disociados de plantas, animales o material microbiano, esto es “puras unidades de la herencia funcionales”, L. GLOWKA, *A guide to designing legal frameworks to determine access to genetic resources*, IUCN, 1998, Gland, Switzerland, Cambridge/Bonn, p.4.

¹⁹ Vid., por ejemplo, L. GLOWKA, F. BURHENNE-GUILMIN et. al., *A guide to the Convention on biological diversity*, Environmental policy and law paper, n° 30, Gland and Cambridge, IUCN, 1994, p. 21 y OMPI, *Cuestiones clave sobre el requisito de divulgación de recursos genéticos y conocimientos tradicionales en las solicitudes de patentes*, Ginebra, 2020, p. 28 (*Cuestiones clave* en lo sucesivo).

²⁰ Documento de orientación sobre el alcance de la aplicación y las obligaciones fundamentales del Reglamento (UE) n.º 511/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a las medidas de cumplimiento de los usuarios del Protocolo de Nagoya sobre el acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización en la Unión, DOUE C 13 de 12 de enero de 2021, p. 9, (Documento de orientación de la UE en lo sucesivo).

²¹ Vid. nota 1 del TPIRGCT y la Decisión II/11 de la segunda COP (Conferencia de las partes en el CDB), UNEP/CBD/COP/2/19, apartado 2 y en la décima COP Decisión X/1, UNEP/CBD/COP/10/27, apartado 5.

²² Documento de orientación de la UE, op. cit., pp. 11-12.

22. Por lo que respecta al requisito del valor actual o potencial de los recursos genéticos se ha sugerido lo siguiente. El CDB podría estar empleando el término “material genético” en un sentido científico desconectado de su valor actual o potencial mientras que el término “recursos genéticos” se definiría refiriéndose a su utilidad. De modo que los recursos genéticos serían un subtipo de material genético. Un material genético solo podría ser considerado un recurso genético en el sentido del CDB cuando tenga un uso o es probable que lo tenga²³. Sin embargo, también se ha dicho que quizás una interpretación tan estricta no estaría justificada en la medida en que virtualmente todo material genético es potencialmente valioso al menos hasta que se pruebe lo contrario²⁴. Esta parece la interpretación más adecuada: la referencia al valor potencial pretende capturar el estado tecnológico y el conocimiento en evolución²⁵. Sin embargo, a mi juicio, a los efectos de la aplicación del TPIRGCT el valor potencial es irrelevante. Quien solicita una patente basada en recursos genéticos cree que tiene un invento y trata de demostrar que el material genético tiene un valor actual como elemento de la patente que solicita (no el potencial). Dicho de otro modo, el valor potencial es irrelevante para el examen de si existe una innovación, la novedad y de la altura inventiva.

23. Una cuestión importante es si los llamados “derivados” pueden considerarse comprendidos en el ámbito de aplicación del CDB –esto es en la noción de recurso genético del CDB– y por tanto también del TPIRGCT. Aunque el CDB y el TPIRGCT mencionan a los derivados en su articulado no lo definen. El PN, sin embargo, sí ofrece una definición calificándolos como “un compuesto bioquímico que existe naturalmente producido por la expresión genética o el metabolismo de los recursos biológicos o genéticos, incluso aunque no contenga unidades funcionales de la herencia” (art. 2, e). La Comisión de la UE considera que esta definición comprende, por ejemplo, las proteínas, los lípidos, las enzimas, el ARN y compuestos orgánicos como los flavonoides, los aceites esenciales o las resinas procedentes de las plantas²⁶. Algunos derivados pueden contener unidades funcionales de la herencia y otros no²⁷. La definición de derivado del PN no incluye los llamados derivados sintéticos. Nótese que el art. 2.e) del PN se refiere a los derivados como «un compuesto bioquímico que existe *naturalmente* (...)», (la cursiva es nuestra) lo que excluye los derivados de origen sintético²⁸.

24. El recurso al PN para interpretar el término «derivado» es oportuna porque como se recuerda en el *Chair's Text* el término «recursos genéticos» del TPIRGCT está tomado de los acuerdos multilaterales relativos a este tipo de recursos, acuerdos entre los que figura el PN (vid. supra).

25. Es una cuestión controvertida si el CDB y el PN comprende en su ámbito de aplicación los derivados²⁹. Pero incluso aunque aceptásemos que están incluidos, parece que los derivados –al menos los que no tienen unidades funcionales de la herencia– no entran en el ámbito de aplicación del TPIRGCT. Y ello por varias razones.

26. En primer lugar, hay que tener en cuenta que en el art. 8 TPIRGCT titulado “Examen” se establece que pasados cuatro años desde su entrada en vigor las partes contratantes se comprometen a revisarlo examinando cuestiones como su posible *ampliación* a los derivados. Es decir, el art. 8 TPIRGCT.

²³ L. GLOWKA, F. BURHENNE-GUILMIN et. al., op. cit., p. 22.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ T. GREIBER, S. PEÑA MORENO, et. al., *Guía explicativa del Protocolo de Nagoya sobre acceso y participación en los beneficios*, Gland, Suiza, UICN, 2013, p. 70.

²⁶ Documento de orientación de la UE, op. cit., p. 16.

²⁷ *Ibid.*, L. GLOWKA, F. BURHENNE-GUILMIN et. al., op. cit., p. 22, L. GLOWKA, op. cit., p. 4, T. GREIBER, S. PEÑA MORENO, et. al., op. cit., p. 71.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ OMPI, *Cuestiones clave*, op. cit., p. 30, G. WÜRTENBERGER y S. FREISCHEM, op. cit., p. 146. En contra, al menos respecto a los derivados aislados de los recursos genéticos, por ejemplo, la Comisión Europea, Documento de orientación de la UE, op. cit., p. 16, SUIZA, An international disclosure of source requirement for genetic resources and associated traditional knowledge and associated traditional knowledge in patent applications. A contribution to the evidence-based approach, WIPO/GRTKF/IC/42/12, (2022), p.5 (An international disclosure, en lo sucesivo).

GCT interpretado *a contrario* parece excluir a los derivados de su ámbito de aplicación actual³⁰. Los trabajos preparatorios del TPIRGCT confirman esta interpretación. En las notas al art. 9 del *Chair's Text* (el equivalente al actual art. 8) se explica que con este artículo se pretendía conciliar las diferencias de opinión con respecto a la inclusión de los derivados dentro del alcance del instrumento y que este proceder parecía lo más prudente teniendo en cuenta los debates en curso.

27. Otro tema relevante en relación con el objeto del deber de divulgación y la noción de recursos genéticos es el que tiene que ver con la llamada información digital sobre secuencias («digital sequence information») (en adelante DSI)³¹. Simplificadamente podríamos decir que la DSI son datos digitales –información– obtenidos de la secuenciación de los recursos genéticos³². El tema tiene una enorme relevancia para el deber de divulgación y, en general, el reparto de beneficios debido a que hoy buena parte de la investigación relacionada con los recursos genéticos se realiza a partir de la DSI y no de muestras físicas de recursos genéticos.

28 No está claro si el término «recursos genéticos» en el contexto del CDB y el PN abarca la DSI³³. Literalmente, de acuerdo con el CDB por recursos genéticos se entiende el *material* genético de valor real y potencial (art.2). Esta referencia al «material» ha sido interpretada en el sentido de que el CDB no comprende la DSI que se dice tiene un carácter inmaterial³⁴. Sin embargo, no todo el mundo comparte este punto de vista. El argumento de fondo de una manera simplificada es que si el CDB comprende los recursos genéticos entendidos en sentido físico debería también abarcar la DSI obtenida a partir de las muestras físicas de recursos genéticos. En este sentido, la DSI no sería otra cosa que los recursos genéticos descritos y presentados en un “formato” diferente. A esta observación se une las grandes dificultades para deslindar lo que es material de lo que no lo es. Por otro lado, las muestras físicas de recursos genéticos son relevantes para la innovación fundamentalmente por su aspecto inmaterial, por la información que atesoran. Por esa misma razón, los beneficios que puedan generar y a cuyo reparto aspira el CDB tienen su raíz en esta información³⁵. Siendo esto así el acento no debería ponerse en el aspecto material de los recursos genéticos sino en el inmaterial y, por lo tanto, el término recurso genético del CBD comprendería también la DSI.

29. En principio, si se entiende que el concepto de recurso genéticos del CDB incluye la DSI entonces habrá que concluir que también está comprendido en el ámbito de aplicación del TPIRGCT. En caso contrario, habrá que entenderlo excluido. Con todo, a mi juicio, quienes elaboraron el TPIRGCT

³⁰ G. WÜRTEMBERGER y S. FREISCHEM, op. cit., p.146, P.H.D. BATISTA, The WIPO IGC Chair's Draft on IP and Genetic Resources-Reasons for concern, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 19, nº 4, abril de 2024, p. 329, op. cit., p. 328-336, 329.

³¹ Siguiendo a la COP del CDB hemos optado por el término información digital sobre secuencias de recursos genéticos, vid. Decisión 15/9. Información digital sobre secuencias de recursos genéticos, CBD/COP/DEC/15/9, (2022), punto 1.

³² Documento de orientación de la UE, op. cit., p. 18. Tanto el término DSI como su significado preciso son cuestiones controvertidas. Vid. sobre este tema y en general la problemática de la DSI, S.A. LAIRD, R. P. WYNBERG et al., *A Fact-Finding and Scoping Study on Digital Sequence Information on Genetic Resources in the Context of the Convention on Biological Diversity and the Nagoya Protocol*, CBD/DSI/AHTEG/2018/1/3, (2018), AD HOC TECHNICAL EXPERT GROUP ON DIGITAL SEQUENCE INFORMATION ON GENETIC RESOURCES (AHTEG), Synthesis of views and information on the potential implications of the use of digital sequence information on genetic resources for the three objectives of the convention and the objective of the nagoya protocol, CBD/DSI/AHTEG/2018/1/2 (2018) (AHTEG, Synthesis, en lo sucesivo).

³³ COP CDB, 15/9 Información digital, op. cit., párrafo 7, AHTEG, Synthesis, op. cit., p. 35-36, E. KARGER, P. DU PLESSIS, et al., Digital Sequence information on Genetic Resources (DSI), GIZ, 2019 disponible en www.abs-initiative.info pp. 3 y 7, consultado por última vez el 18 de septiembre de 2025.

³⁴ En este sentido y, por tanto, excluyéndolo del ámbito de aplicación del proyecto de TPIRGCT, G. WÜRTEMBERGER y S. FREISCHEM, op. cit., p. 146. Valorando el *Chair's Text*, Suiza defendió que no era oportuno un deber de divulgación que tuviera por objeto la DSI y se mostró partidaria de centrarse en el concepto de “recurso genético” en la forma definida en el CDB –esto es en sentido material–, SUIZA, An international disclosure, op. cit., punto 2.2, b). En general, sobre los argumentos en contra de que el término recursos genéticos comprenda la DSI, AHTEG, Synthesis, op. cit., p. 35.

³⁵ Sobre los argumentos a favor de un concepto de recursos genéticos que incluya la DSI, AHTEG, Synthesis, op. cit., p. 35-36; en general sobre la cuestión de por qué los recursos genéticos deberían entenderse en un sentido inmaterial en el ámbito del CBD y no solo material y sus implicaciones, el detallado estudio de M. RUIZ MULLER, op. cit.

conocían el debate sobre la DSI y los recursos genéticos y optaron por no aclarar expresamente esta cuestión en relación con el deber de divulgación. Por lo que con independencia de la opinión que se tenga sobre el significado del término «recurso genético» en el contexto del CDB creo que lo más prudente es entender que es una cuestión que se dejó abierta³⁶. Volveremos sobre esta cuestión en el apartado sobre el desencadenante del deber de divulgación (infra).

30. Con todo, una cuestión es si legalmente el término «recursos genéticos» comprende la DSI y otro si tiene sentido un deber de divulgación en relación con la DSI y en un plano más general que modelo de reparto de beneficios, el bilateral o el multilateral, es el más apropiado en relación con la DSI. El debate sobre la necesidad del deber de divulgación y la DSI habría que plantearlo, hoy, teniendo presente que la Conferencia de las Partes del CDB en relación con la DSI ha optado por un sistema multilateral de reparto de beneficios, el llamado fondo de Cali³⁷. A mi juicio, el deber de divulgación en el marco de un sistema de reparto multilateral solo tiene sentido si el particular modelo multilateral que se elija lo requiere para su implementación. Dicho de otro modo, dependiendo del modelo multilateral de reparto podría ser necesario o no el deber de divulgación³⁸. El tema de debate pasa a ser qué modelo multilateral de reparto de beneficios puede ser el más eficiente y si requiere un deber de divulgación.

3. El término «conocimientos tradicionales»

31. El deber de divulgación regulado por el TPIRGCT no abarca todo tipo de conocimientos tradicionales sino exclusivamente aquellos asociados a recursos genéticos (art. 1 y Preámbulo)

32. Pues bien, el TPIRGCT no define qué debe entenderse por conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos. Desde hace años la OMPI trabaja en la elaboración de un tratado que proteja los conocimientos tradicionales. No ha sido posible, hasta el momento, alcanzar un consenso pese a los esfuerzos realizados. Esta circunstancia explica que el TPIRGCT no contenga una definición de conocimientos tradicionales³⁹.

33. Como se explicó más arriba uno de los objetivos de la regulación de un deber internacional de divulgación era lograr seguridad jurídica. Desafortunadamente, esa seguridad se reduce en la medida que el TPIRGCT no contiene una definición de conocimientos tradicionales.

34. Con todo, puesto que uno de los objetivos del TPIRGCT es que el sistema de patentes gane en transparencia como medio de apoyo a los tratados relacionados con los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados con ellos podemos recurrir al CDB para ofrecer una guía –aunque sea mínima– de qué se debe entender por conocimientos tradicionales. El CDB no utiliza el término «conocimientos tradicionales». Sin embargo, hay consenso en que su art. 8.j) se refiere a ellos (vid. también arts. 1, 3 y 7 PN). Conocimientos tradicionales serían así «los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica».

³⁶ Personalmente, por los argumentos que se han mencionado en el texto, creo que no tiene sentido entender el término recurso genético del CDB en un sentido material exclusivamente. Resulta especialmente llamativo que se insista en poner el acento en el aspecto material del término «recursos genéticos» cuando el CDB y el PN obligan a repartir los beneficios derivados de la utilización de los conocimientos tradicionales, que tienen una naturaleza inmaterial por definición.

³⁷ A mi juicio, es acertado apostar los modelos multilaterales de reparto de beneficios para la DSI en lugar de seguir insistiendo en el modelo bilateral.

³⁸ Vid. por ejemplo, el modelo «bounded openness» defendido por M. RUIZ MULLER en el que el deber de divulgación todavía tiene su papel, op. cit., pp. 73-74.

³⁹ El Sr. IAN GOSS en sus notas al art 3 del *Chair's Text* (párrafo 8) explica que “soy consciente de que algunos miembros opinan que es necesario llevar a cabo un debate en profundidad sobre el concepto de los conocimientos tradicionales antes de hacer referencia a ellos en un régimen de divulgación. Sin embargo, teniendo en cuenta que otros instrumentos internacionales hacen referencia a los conocimientos tradicionales sin definirlos necesariamente y observando los objetivos del presente instrumento y de las novedades que tienen lugar en este ámbito, se ha conservado esa materia”.

III. Los objetivos del TPIRGCT

1. Aumentar la transparencia

35. El TPIRGCT persigue, en primer lugar, aumentar la eficacia, la transparencia y la calidad del sistema de patentes en lo que respecta a los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a ellos (art. 1.a) mediante la creación de un deber de divulgación.

36. El artículo 1.a) TPIRGCT admite varias interpretaciones. En primer lugar, podría interpretarse en conexión con el otro objetivo del TPIRGCT: evitar la concesión de patentes que no son nuevas o carecen de altura inventiva (art. 1.b). Si con el deber de divulgación se reduce la concesión errónea de patentes sin duda se incrementará la transparencia, la calidad y la eficacia del sistema de patentes. Sin embargo, no parece esta la interpretación más adecuada. No solo porque el art. 1.a) resultaría redundante sino porque a la vista de los proyectos previos del CIG y del preámbulo del TPIRGCT parece que con la transparencia se pretende contribuir a que se cumplan las normativas nacionales de acceso a los recursos genéticos y conocimientos tradicionales conexos y el reparto de beneficios derivados de su utilización.

37. Por lo que respecta a los proyectos previos, en las notas al art. 1 del *Chair's text*, que puede considerarse el antecedente inmediato del TPIRGCT y cuyo artículo 1 es idéntico al art. 1 del TPIRGCT, se explica que “es importante señalar que [...] una mayor eficacia, transparencia y calidad del sistema de patentes redundará en última instancia en *facilitar* la participación en los beneficios y evitar la apropiación indebida” (la cursiva es nuestra)⁴⁰.

38. En el preámbulo del TPIRGCT, por otro lado, se reconoce la función que podría cumplir el sistema de patentes para contribuir a la protección de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales conexos y que los Tratados y otros instrumentos internacionales relacionados con los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales deben apoyarse mutuamente. Además, se menciona expresamente el compromiso de alcanzar los fines de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas. Si interpretamos el art. 1.a) del TPIRGCT en conjunto con estas declaraciones tenemos lo siguiente. La transparencia es el medio por el que el sistema de patentes va a contribuir a la protección de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales conexos y apoyará los tratados internacionales que se ocupan de ellos. Para ello el TPIRGCT establece un deber de divulgación del origen de los recursos genéticos.

39. Lo que se pretende es que no quede oculto en las solicitudes de patentes relativas a recursos genéticos y conocimientos tradicionales conexos de dónde proceden éstos últimos. Al aumentar la transparencia mediante la revelación del origen se permite que los proveedores de recursos y conocimientos

⁴⁰ Como recuerda el Sr. IAN GOSS en sus «observaciones preliminares», una buena muestra de las dificultades para llegar a un acuerdo sobre las finalidades del requisito de divulgación era el último borrador de tratado discutido en el CIG, ibídem. En efecto, si se consulta este borrador podrá verse que contiene múltiples propuestas alternativas que de alguna manera reflejaban las diferentes opiniones sobre el deber de divulgación a las que nos hemos referido en el preliminar. Esas propuestas se podrían agrupar en dos grandes grupos. Por un lado, tendríamos las propuestas de un deber de divulgación como mecanismo de apoyo a los tratados medioambientales. Y, por otro, la de un deber de divulgación entendido como deber de informar sobre el origen en cuanto fuese necesario para evaluar los requisitos materiales de patentabilidad. Por otro lado, dentro del primer grupo podemos distinguir propuestas que defendían un deber de divulgación de gran alcance que pretendía garantizar el cumplimiento de las normativas nacionales de acceso a los recursos genéticos y a los conocimientos tradicionales y reparto de beneficios y otras más limitadas, vid. WIPO, Consolidated document relating to intellectual property and genetic resources, WIPO/GRTKF/IC/40/6, (2019); este documento se estudió de nuevo en la 42ª segunda reunión del CIG en el año 2022. El Sr. IAN GOSS creía que a pesar de las diferencias existía margen para la negociación, vid., «Observaciones preliminares» al *Chair's Text*, op. cit. El *Chair's Text* constituye su propuesta para intentar llegar a un consenso entre aquellos países que eran partidarios del deber de divulgación pero a los que separaba la cuestión de su alcance. Únicamente se deja fuera de la ecuación a los Estados contrarios al deber de divulgación como medio de apoyo a los tratados medioambientales. El deseo de encontrar un equilibrio y cerrar un acuerdo explica las lagunas, indefiniciones y ambigüedades del *Chair's Text*. lagunas, indefiniciones y ambigüedades que se han trasladado al TPIRGCT.

tradicionales, y en particular los Estados proveedores, comprueben si se ha cumplido con su normativa de acceso y reparto de beneficios y, en su caso, reaccionen oportunamente.

40. En el TPIRGCT la transparencia del sistema de patentes se circunscribe al origen de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales. No se extiende a otro tipo de información. Se rechaza por tanto que el deber de divulgación se convierta en un medio para *garantizar* el cumplimiento de la normativa de acceso y reparto de beneficios –como se reclamaba por muchos Estados–. En primer lugar, y como luego explicaremos con detalle, no se exige que el solicitante de la patente pruebe que ha cumplido con la normativa nacional de acceso a los recursos genéticos, conocimientos tradicionales conexos y reparto de beneficios. La transparencia por tanto no llega tan lejos. En segundo lugar, el incumplimiento del deber de divulgación no puede acarrear la anulación de la patente salvo en el caso de fraude.

41. Al fijarse como objetivo del deber de divulgación aumentar la transparencia se descarta las propuestas previas según la cual el deber de divulgación solo es eficiente en la medida en que sea necesario para comprobar el requisito material de patentabilidad de permitir que un experto en la materia reproduzca la invención.

42. Al aumentar la “transparencia” en el sentido expuesto se mejora la “calidad” del sistema de patentes, objetivo también mencionado en el art. 1. En muchas ocasiones se ha dicho que si se aumenta la transparencia se reducirá la desconfianza en los sistemas de patentes, que muchos perciben como un conjunto de normas opaco que permite apropiarse de recursos genéticos y conocimientos tradicionales.

43. En el art. 1.a) del TPIRGCT se dice también que el fin de este instrumento es aumentar la eficacia del sistema de patentes en lo que respecta a los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a ellos. En las notas al *Chair's text* se explica que con el término “eficacia” se quería dejar claro que “un requisito de divulgación que se aplique a nivel nacional debe ser eficaz, práctico y aplicable fácilmente y no dar lugar a costos de transacción excesivamente gravosos”⁴¹.

44. El aumento de eficacia se menciona en el art. 1.a) al mismo tiempo que se alude al objetivo de la transparencia y la calidad. Por lo tanto, la eficacia debe relacionarse con el objetivo de la transparencia. La referencia a la “eficacia” en el art. 1.a) del TPIRGCT se explica si se piensa en que la falta de eficiencia –el riesgo de que comporte más costes que beneficios para el sistema de patentes– es una de las principales críticas que se hace al requisito de divulgación como mecanismo de protección de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados. Recordar en el art. 1a) que el objetivo del TPIRGCT es lograr un Derecho de patentes eficaz es una forma de contestar a los detractores del requisito de divulgación, de transmitir el mensaje de que la regulación que contiene el Tratado es eficiente y, sobre todo, que la implementación del mismo en los Derechos nacionales *debe hacerse* sin poner en peligro la eficiencia del Derecho de patentes⁴².

Con todo, si este es el significado del término «eficacia» –practicidad, evitar costes de transacción excesivamente gravosos– la redacción del art. 1.a) no es afortunada: se habla de «aumentar» la eficacia del sistema de patentes. Cuando en realidad lo que se debería decir es que el deber de divulgación que se crea para aumentar la transparencia se implementará de una manera eficiente y sin que comporte un incremento inasumible de los costes de transacción⁴³.

⁴¹ *Chair's text*, notas sobre el artículo 1. Por otro lado, en la nota al art. 3 del *Chair's Text* se afirma que “el desencadenante y el contenido [del deber de divulgación] deberán ser viables en la práctica y reflejar las diversas circunstancias que pueden tener como fuente los RR.GG.[recursos genéticos] y CC.TT. [los conocimientos tradicionales]. Esto significa que el requisito de divulgación no deberá dar lugar a obligaciones para los solicitantes de patentes que no puedan cumplirse o que puedan cumplirse únicamente mediante plazos y esfuerzos injustificables y que por, lo tanto, obstaculicen la innovación basada en los RR.GG. y los CC.TT. conexos”.

⁴² Por lo que respecta a este último aspecto, en el mismo sentido, G. WÜRTENBERGER y S. FREISCHEM, op. cit., p. 145.

⁴³ El objetivo primario del Derecho de patentes clásico es incentivar la innovación. El deber de divulgación como medio para proporcionar transparencia en relación con los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales conexos no aumenta la

2. Impedir la concesión errónea de patentes

45. El segundo objetivo del TPIRGCT es impedir la concesión errónea de patentes para invenciones que no son nuevas ni conllevan actividad inventiva en lo que respecta a los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos. Con el deber de divulgación se pretende como se recuerda en el preámbulo del TPIRGCT «que las oficinas de patentes tengan acceso a la información adecuada sobre los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos para impedir que se concedan erróneamente patentes sobre invenciones que no sean nuevas ni conlleven actividad inventiva con respecto a los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos»⁴⁴.

46. En relación con este segundo objetivo pueden hacerse las siguientes consideraciones. La OMPI, a raíz de una petición de la COP del CBD del año 2002, realizó un interesantísimo estudio sobre los requisitos de divulgación de información en los sistemas de patentes. Una de las cuestiones que se analizó fue en qué medida el deber de informar sobre el origen de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a los mismos empleados para desarrollar una invención está embebida en los deberes generales de proporcionar información previstos por la legislaciones de patentes, y en particular en el deber de suministrar una descripción de la invención suficientemente clara y completa para que un experto en la materia pueda realizarla y en el deber de los solicitantes de suministrar información sobre el estado de la técnica conocida. Simplificadamente, la conclusión fue que, como regla general, no es preciso indicar el origen para que un experto en la materia pueda reproducir la invención salvo en ciertas ocasiones. Por ejemplo, cuando “la fuente sea única y esencial para la realización de la invención”, o “el recurso solo se encuentra en un emplazamiento particular”⁴⁵. En el año 2017 se actualiza este informe y se concluye que el deber de divulgación no es imprescindible, como regla general, para analizar los requisitos sustantivos de patentabilidad⁴⁶.

47. Con todo la OMPI, aclara en el último de los informes citados, que un deber específico de divulgación relativo a los recursos genéticos y a los conocimientos tradicionales que se superpusiese a los deberes generales de divulgación de información previstos actualmente por las legislaciones de patentes puede ayudar a mejorar el cumplimiento de los requisitos de patentabilidad y, en particular, el requisito de la novedad al asegurar que se tenga en cuenta el estado de la técnica pertinente⁴⁷. Que la OMPI haya promovido el TPIRGCT (con el objetivo del art. 1b) implica que sigue creyendo en esta idea⁴⁸.

48. Por otro lado, en el art. 1.b) del TPIRGCT se liga el deber de divulgación al examen de “fondo” de la solicitud de patente y en definitiva a la evaluación de las reivindicaciones. Sin embargo, cuando el TPIRGCT regula las sanciones por el incumplimiento del deber de divulgación excluye la posibilidad de anular la patente *exclusivamente* por esta causa –incluso en los casos en los que teóricamente fuese ne-

eficacia del Derecho de patentes entendido como mecanismo para promover la innovación. El aumento de la eficiencia se entendería si volvemos a la idea de que las Partes del CBD y del PN se obligan a que sus sistemas de patentes apoyen la consecución de los objetivos previstos por aquellos. Si incorporásemos este fin al sistema de patentes –junto al de promover la innovación–, entonces el deber de divulgación podría provocar un aumento de la eficacia del mismo.

⁴⁴ La consecución de este objetivo no solo se persigue con la creación del deber de divulgación sino también con los llamados en el TPIRGCT “sistemas de información” (art. 6). Sin embargo, la contribución del TPIRGCT en este punto, que a nuestro juicio es clave, es prácticamente nula. El TPIRGCT simplemente establece que “las Partes Contratantes *podrán* establecer sistemas de información (como base de datos) de recursos genéticos y conocimientos tradicionales conexos”.

⁴⁵ WIPO, *Technical study on disclosure requirements in patent systems related to genetic resources and traditional knowledge*, WO/GA/30/7 Add.1, (2003), pp. 24.

⁴⁶ OMPI, *Cuestiones clave*, op. cit., pp. 11-13. En la doctrina, en el mismo sentido, P.H.D. BATISTA, op. cit., p. 329.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 12.

⁴⁸ Con todo, revelar el origen por sí solo no resuelve el problema de la apropiación indebida de recursos genéticos y conocimientos tradicionales. En la práctica, el problema está en el propio contenido de los conocimientos tradicionales que generalmente no constituye una anterioridad suficiente para destruir la novedad. Y, por otro lado, en que resulta más complejo probar la falta de novedad o altura inventiva basándonos en anterioridades orales o de uso que cuando se dispone de un documento de patente o un artículo científico.

cesario para evaluar la novedad y altura inventiva⁴⁹. Por lo tanto, el deber de divulgación del TPIRGCT *prima facie* no es un requisito material de patentabilidad sino únicamente de forma (vid. infra).

3. Regulación internacional del deber de divulgación

49. Una de las finalidades del TPIRGCT es establecer una regulación del deber de divulgación de carácter *internacional*. No aparece entre los objetivos del art. 1 pero es obvia.

50. Desde hace años, algunos de los firmantes del CDB y del PN defendieron la necesidad de un requisito de divulgación regulado en un tratado internacional. Algunos estados como Suiza abogaron por modificar el Tratado de cooperación en materia de patentes (PCT) y el Tratado sobre el Derecho de patentes (PLT) para permitir que las partes del mismo pudieran –si lo consideraban oportuno– exigir a los solicitantes de patentes que declarasen el origen de los recursos genéticos y/o de los conocimientos tradicionales en el caso de que la invención se basase directamente en los mismos⁵⁰. Otros –como varios países en proceso de desarro– defendieron que el CBD obligaba a modificar la regulación de patentes del Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC) para establecer un deber de divulgación internacional. Todas estas propuestas nunca llegaron a buen puerto. Y por su parte la OMPI a través del CIG llevaba antes de la firma del TPIRGCT años discutiendo las ventajas y desventajas de un requisito de divulgación internacional y promoviendo un acuerdo internacional sobre este tema.

51. De acuerdo con el preámbulo del TPIRGCT un deber de divulgación *internacional* en las solicitudes de patente “contribuye a la seguridad y coherencia jurídicas y, por lo tanto, resulta beneficioso para el sistema de patentes y para los proveedores y usuarios (...)” de recursos genéticos y de los conocimientos tradicionales asociados a ellos. Hay que reconocer que el TPIRGCT armoniza algunos aspectos de suma relevancia. Por ejemplo, el desencadenante del deber de divulgación (art. 3). Con todo el objetivo de la armonización no se ha logrado de modo pleno. Por ejemplo, el TPIRGCT dejó abierto el importante tema de las “sanciones y remedios” por el incumplimiento del deber de divulgación, por más que se hayan establecido ciertos límites importantes (art. 5.2 y 5.3).

52. Puesto que el objetivo de un deber de divulgación *internacional* es armonizar la regulación para proporcionar seguridad jurídica a los operadores, hay que entender que las disposiciones del TPIRGCT tienen carácter imperativo para las partes salvo que se disponga o se deduzca lo contrario del mismo. Los aspectos del deber de divulgación armonizados no pueden considerarse una regulación de mínimos. Por ejemplo, los firmantes del TPIRGCT no podrán exigir que el solicitante de una patente aporte un certificado de cumplimiento de la normativa nacional de acceso a los recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados.

IV. El desencadenante del deber de divulgación

53. Uno de los temas más controvertidos relativos al deber de divulgación es el conocido como el «desencadenante» (*trigger* en inglés). Con el término «desencadenante» se alude al presupuesto del deber de divulgación. Lo que se discute es qué circunstancia o circunstancias deberían obligar al solicitante de una patente a divulgar el origen de los recursos genéticos o de los conocimientos tradicionales conexos a los que se refiere su solicitud.

⁴⁹ Obviamente la patente se podría anular, en su caso, por falta de novedad y altura inventiva.

⁵⁰ Vid., SUIZA, Proposals by Switzerland regarding the declaration of the source of genetic resources and traditional knowledge in patent applications, PCT/R/WG/5/11 Rev., (2003).

54. Los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales conexos pueden ser utilizados en el proceso de desarrollo de una invención en diferentes momentos pudiendo jugar diferentes papeles. Es decir, entre una invención y los recursos genéticos y/o conocimientos tradicionales asociados pueden existir relaciones de hecho de diferente naturaleza.

55. La OMPI ya en un informe del año 2003 proporcionaba una serie de ejemplos que ilustraban la complejidad de la cuestión. Estos ejemplos, ponían de relieve que existen casos en los que los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales pueden ser un requisito necesario para la invención en el sentido de que sin acceso a este material el inventor no hubiera podido crear la invención. En otros supuestos, la relación entre el invento y los recursos genéticos/conocimientos tradicionales es contingente (por ejemplo, conocimientos tradicionales que contribuyeron a señalar el camino hacia la invención o recursos genéticos que se utilizan para plasmar la invención)⁵¹.

56. En la actualización del informe mencionado, la OMPI explicaba como las normativas nacionales del deber de divulgación habrían utilizado diferentes desencadenantes. El grupo más restrictivo es aquel integrado por normativas que de una u otra manera exige que la invención “se base” en los recursos genéticos entendidos en un sentido material; el grupo más generoso en relación con el desencadenante considera que es suficiente con que la invención se derive de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales –lo que incluiría también los casos de productos sintéticos desarrollados a partir de secuencias genéticas digitales obtenidas en una base de datos los casos de derivación física–. Mientras que un tercer grupo, a medio camino entre ambos, se refiere a la utilización de recursos genéticos y conocimientos tradicionales⁵².

57. El desafío consiste en decidir cuál de las relaciones posibles entre el invento y los recursos genéticos y conocimientos tradicionales conexos debe ser el presupuesto del deber de divulgación –si se opta por el vínculo más estrecho, el deber de divulgación será más restrictivo mientras que si se opta por la relación más generosa el deber de divulgación tendrá el contenido más amplio posible–. Entre ambas situaciones, es posible diseñar deberes de divulgación más o menos amplios. La configuración del desencadenante depende de la finalidad que se atribuya al deber de divulgación y de la necesidad de que sea eficiente⁵³.

58. El art. 3 del TPIRGCT establece como “desencadenante” el hecho de que la invención reivindicada “esté basada” en recursos genéticos o conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos. Como la expresión «estar basada» podría entenderse de diferentes formas, en el art. 2 del TPIRGCT se proporciona una definición. De modo que «se entenderá por “basada en” que los recursos genéticos y/o los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos deben haber sido necesarios para la invención reivindicada, y que la invención reivindicada debe depender de las propiedades específicas de los recursos genéticos y/o de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos». En las líneas que siguen analizaremos el desencadenante del deber de divulgación regulado en el TPIRGCT. Comenzaremos por sus antecedentes.

⁵¹ WIPO, *Technical study*, op. cit., párrafo 99. En relación con los conocimientos tradicionales el Estudio de la OMPI es especialmente clarificador. En función de su relación con el concepto inventivo, la OMPI explicaba el papel que puede jugar el conocimiento tradicional en el desarrollo de una invención. En este sentido, puede haber apuntado de manera muy general a la línea de investigación que a su vez condujo a la invención; en otros supuestos puede haber ofrecido un indicador más directo hacia la invención. Sin embargo, en ciertos casos puede contribuir directamente al concepto inventivo e, incluso, en algunas hipótesis ser un componente del mismo, ibídem, párrafo 100.

⁵² OMPI, *Cuestiones clave*, op. cit., pp. 37-39.

⁵³ Con todo, existe un grupo de Estados, entre los que figura Estados Unidos, que consideran que el requisito de divulgación como medio de apoyo a los tratados medioambientales como el CDB no es eficiente en ningún caso.

1. El desencadenante en los antecedentes del TPIRGCT

59. Al estudiar los antecedentes del desencadenante nos referiremos, por un lado a las propuestas de reforma del PCT y del ADPIC y, por otro, a los antecedentes inmediatos del TPIRGCT.

A) Las propuestas de reforma del PCT y del ADPIC

60. Como explicamos más arriba existen una serie de Estados y Organizaciones internacionales que han defendido que el CDB y los tratados internacionales de propiedad intelectual eran compatibles pero que abogaron por un deber de divulgación de alcance limitado. Este deber de divulgación de alcance limitado se caracterizaba por tener un «desencadenante» estricto.

61. A este grupo pertenece, por ejemplo, Suiza. Suiza propuso en el año 2003 modificar el PCT para dar a las Partes contratantes la opción de crear un deber de divulgación. Suiza proponía introducir un nuevo apartado en la Regla 51.bis.1 PCT que tendría dos subapartados. En el primero de ellos se preveía que se podría exigir al solicitante de una patente declarar la fuente de un recurso genético al que el inventor hubiera tenido «acceso» si la invención «está basada directamente» en el mismo. En el segundo apartado se establecía que se podría exigir al solicitante de una patente declarar la fuente de los conocimientos, invenciones y prácticas de comunidades indígenas y locales si el inventor sabía que la invención «se basaba directamente» en dichos conocimientos, invenciones y prácticas⁵⁴. Nótese que la propuesta Suiza no contiene una definición de lo que significa «estar basada en». También que el desencadenante se regula en dos apartados diferentes por más que en ambos se utilice la expresión «basado en». La razón es que los requisitos del desencadenante no son exactamente los mismos en el contexto de los recursos genéticos que en el de los conocimientos tradicionales conexos.

En su propuesta del 2003, Suiza explica, no obstante, que con la expresión «basada en» tanto en relación con los recursos genéticos como los conocimientos tradicionales conexos quiere dejarse claro que el deber de divulgación solo se activa si la invención hace un uso «inmediato» de los mismos⁵⁵. Esto implicaba que todo uso que no podía calificarse de inmediato no obligaba a divulgar el origen.

62. La delegación suiza en la OMPI fue precisando en sucesivos documentos el sentido de su propuesta. En el año 2004, Suiza aclara qué significa «estar basada directamente» en recursos genéticos a los que el inventor «ha tenido acceso». Con estas palabras se pretende dejar claro, por un lado, que la invención debía hacer un uso *inmediato* de los mismos lo que debía entenderse en el sentido de que la invención debía depender de las propiedades específicas del recurso genético. Y por otro lado, debe haber habido un acceso *físico* al recurso. Con «acceso físico» se quería decir que el inventor debía haber estado en posesión de los recursos genéticos o al menos en contacto con ellos de una manera suficiente para que pudiera identificar las propiedades de los recursos relevantes para la invención⁵⁶. La exigencia de «acceso físico» era por otro lado coherente con la forma en la que Suiza entendía el término recursos genéticos en el contexto del CDB, como una muestra física.

63. Por lo que respecta a los conocimientos tradicionales, la delegación suiza explicó también por qué se requiere que el inventor «conozca» que la invención «se base directamente» en los conocimientos tradicionales. Por lo tanto, también por qué el desencadenante no puede ser exactamente el mismo que para el deber de divulgación de los recursos genéticos. A diferencia de los recursos genéticos —que se consideraban en su dimensión material— el conocimiento tradicional como todo tipo de conocimiento o información, tiene naturaleza inmaterial. Así pues, no es posible que el inventor haya tenido

⁵⁴ SUIZA, Proposals, op. cit., párrafo 21.

⁵⁵ *Ibidem*, párrafo 24.

⁵⁶ SUIZA, Additional comments by Switzerland on its proposals regarding the declaration of the source of genetic resources and traditional knowledge in patent applications, PCT/R/WG/6/11, (2004), párrafo 27.

acceso físico al mismo y, en consecuencia, y a diferencia de lo que ocurre con los recursos genéticos, no puede exigirse acceso físico a los mismos⁵⁷. En su lugar, se requiere que el inventor *conozca* que la invención se *basa directamente* en tal conocimiento. En otras palabras, es preciso que el inventor sea *consciente* de que *deriva* o ha derivado la invención de *tales conocimientos*⁵⁸. La razón por la que se exige tal conocimiento es evitar que se active el deber de divulgación en aquellos casos en los que el inventor desarrolla un invento utilizando recursos genéticos sin ser consciente de que una comunidad tradicional posee conocimientos concernientes a su uso⁵⁹.

64. Cuando presentó su propuesta en el 2003 Suiza dio a entender que las palabras “basadas directamente en” tenían el mismo significado tanto en relación con los recursos genéticos como los conocimientos tradicionales. En ambos casos significa que la invención debe hacer un *uso inmediato* de los recursos genéticos y en su caso de los conocimientos tradicionales (vid. supra). En 2004 Suiza explica que hacer un “uso inmediato” de recursos genéticos en una invención significa que esta última depende de sus *propiedades específicas* (vid. supra). Suiza no aclaró qué significa hacer un uso *inmediato* de los conocimientos tradicionales. Si el inventor debe conocer que su invento se basa directamente en los conocimientos tradicionales y extendemos la definición de uso *inmediato* de los recursos genéticos a los conocimientos tradicionales tenemos que el inventor debe ser *consciente* de que *deriva* o ha derivado la invención de *tales conocimientos* y de que el invento *depende* de las propiedades específicas de los conocimientos tradicionales. Lo que por analogía con los recursos genéticos probablemente debamos entender en el sentido de que depende del contenido de la información –no tanto del carácter intangible, oral, tradicional, etc.– de los conocimientos tradicionales⁶⁰.

65. En el año 2008 Suiza modificó su Derecho de patentes para introducir un deber de divulgación cuyos desencadenantes coinciden los que figuraban en la propuesta de reforma del PCT. En un documento presentado ante la OMPI en el año 2016, Suiza reflexionaba una vez más sobre la razón de ser de este desencadenante en relación con los recursos genéticos:

«Por lo general, en la descripción de una patente de biotecnología, se encuentran referencias a varios recursos genéticos. En la fase de investigación y desarrollo previa a la finalización de una invención suelen intervenir varios recursos genéticos, entre otros, animales o plantas de experimentación, al igual que instrumentos de laboratorio, como plásmidos, virus, bacterias y levaduras. Suele tratarse de elementos de consumo, que pueden adquirirse a proveedores comerciales. Sin embargo, es evidente que el propósito del requisito de divulgación no es declarar la fuente de los elementos de consumo utilizados en el laboratorio como instrumentos durante la fase de investigación y desarrollo que dio lugar a la invención, sino la fuente del recurso genético en el que, de hecho, la invención está basada directamente»⁶¹.

66. La UE abogó siempre en la OMPI por el establecimiento de un deber de divulgación de carácter internacional también de alcance limitado. Por lo que respecta al tema de los desencadenantes

⁵⁷ *Ibidem*, párrafo 28.

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ *Idem*.

⁶⁰ Así parece que el deber de divulgación se activaría cuando el conocimiento tradicional puede haber contribuido directamente al concepto inventivo o es un componente del concepto inventivo y el inventor es consciente de ello. Pero no se activaría en aquellos supuestos en los que el conocimiento tradicional “puede haber apuntado de una manera muy general a la línea de investigación, que a su vez condujo a la invención” o en aquellos “casos que un ofrece un indicador más directo a la invención” pero sin llegar a contribuir *directamente* al concepto inventivo. Los diferentes supuestos están tomados de WIPO, *Technical study*, op. cit., párrafo 100. La relación con el desencadenante de la propuesta Suiza es nuestra, no figura en el estudio.

Hay que reconocer no obstante que el término “depender de” podría ser interpretado de una forma más estricta, quizás más en línea con la forma en la que se entiende que un invento se basa directamente en un recurso genético (esto es, la invención depende de sus específicas propiedades). Ello conduciría a que solo habría que divulgar la fuente cuando los conocimientos tradicionales forman parte del concepto inventivo y el inventor desarrolla la invención sabiéndolo.

⁶¹ SUIZA, The declaration of the source of genetic resources and traditional knowledge in the Swiss patent act and related Swiss regulations on genetic resources-Submission by Switzerland in response to document WIPO/GRTKF/IC/30/9, WIPO/GRTKF/IC/31/8, (2016), párrafo 22.

del deber de divulgación la posición de la UE ante la OMPI coincide, esencialmente, con la de Suiza. En un documento del año 2005, la UE (entonces CE) defendió que era preciso establecer un «equilibrio adecuado», y para ello debía exigirse que la invención «se base directamente» en los recursos genéticos para que se active el deber de divulgación. Es decir, como Suiza, la UE abogó por que el deber de divulgación se activase únicamente cuando se hace un «uso inmediato» del recurso genético en la invención. Por uso inmediato habría que entender que la invención «dependa» de las propiedades específicas del recurso genético. Todo ello requiere, como defendía Suiza, que el inventor hubiera tenido «acceso físico al recurso o al menos contacto con él de manera suficiente para poder determinar cuáles de sus propiedades son pertinentes para la invención»⁶².

67. En general, los países menos desarrollados o en vía de desarrollo como se ha explicado en varias ocasiones eran partidarios de un deber de divulgación más amplio. Esa amplitud no solo se refleja en la cantidad de información que debe ser suministrada y en las sanciones derivadas del incumplimiento sino también en lo tocante al desencadenante. Hay que recordar que el CDB reconocía a las partes el derecho a participar en los beneficios derivados de la *utilización* de los recursos genéticos bajo su soberanía. Según estos países, en consecuencia, el deber de divulgación debería referirse a la utilización de los recursos genéticos en general. Así, por ejemplo, Brasil, China, Cuba, República Dominicana, Ecuador, India, Pakistán, Perú, Tailandia, Venezuela, Zambia y Zimbabue presentaron ante la OMC una propuesta de reforma del ADPIC en la que se preveía que el solicitante de una patente relativa a materiales biológicos o a conocimientos tradicionales asociados, como condición para adquirir derechos de patente, debía divulgar la fuente y el país de origen del recurso biológico y de los conocimientos tradicionales *utilizados* en la invención⁶³. Otro ejemplo, es la Comunicación conjunta que el “Grupo Africano” presentó en la OMC en la que se proponía reformar el art. 27.3 (b) del ADPIC para exigir a los solicitantes de patentes que revelasen el país de origen de los recursos genéticos o conocimientos tradicionales *utilizados o involucrados* («used or involved») en la invención solicitada⁶⁴.

B) El desencadenante en los borradores de tratado internacional discutidos en el CIG

68. Para no hacer prolija la exposición me referiré exclusivamente al último de los borradores de tratado discutido en el CIG, con carácter previo a la elaboración del *Chair’s Text*, el Documento consolidado (2019) (DC2019 en adelante) y, a continuación, a éste último.

a) El desencadenante en el «Documento consolidado» de 2019

69. Por lo que respecta al desencadenante del deber de divulgación, el DC2019 preveía dos regulaciones alternativas (art. 4): exigir la divulgación del origen cuando se *utilizasen* recursos genéticos o conocimientos tradicionales conexos en relación con la invención o, alternatively, cuando esta última *estuviera basada en* aquellos⁶⁵. Por lo que respecta a la técnica regulatoria, a diferencia de la propuesta suiza de modificación del PCT, se optó por regular el desencadenante en relación con los recursos genéticos y conocimientos tradicionales conexos en el art. 4 e incorporar al art. 1, que contenía un listado de los términos utilizados en el borrador, una definición de “basada directamente en” por un lado y “utilización» por el otro.

⁶² COMUNIDAD EUROPEA y ESTADOS MIEMBROS, Divulgación del origen o la fuente de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales conexos en las solicitudes de patentes. Documento presentado por la Comunidad Europea y sus Estados miembros, WIPO/GRTKF/IC/8/11, (2015), apartado 3, párrafo final.

⁶³ The relationship between the TRIPS Agreement and the Convention on biological diversity and the protection of traditional knowledge, WTO, IP/C/W/356, (2002), párrafo 10.

⁶⁴ Taking forward the review of article 27.3 b) of the TRIPS Agreement, WTO, IP/C/W/404, (2003), Apartado III, párrafo final.

⁶⁵ Vid. OMPI, Documentos consolidado (2019), op. cit., art. 4 de la propuesta I, Divulgación [obligatoria].

70. Por lo que respecta a la primera de las opciones mencionadas (desencadenante igual a utilización) el DC2019 definía el término «utilización» en esencia de una forma similar –con sus matices– a como lo hace el PN⁶⁶. Recuérdese que el PN tiene por objeto el reparto justo y equitativo de los beneficios derivados de la «utilización» de los recursos genéticos y de los conocimientos tradicionales. Obviamente esta propuesta está en línea con el deber de divulgación amplio que defendían los países en vías de desarrollo o menos desarrollados.

71. Por lo que respecta a la segunda alternativa, desencadenante del deber de divulgación igual a invención «basada directamente en» recursos genéticos y/o conocimientos tradicionales, hay que decir lo siguiente. Por un lado, en el art. 4 se establecía que el desencadenante del deber de divulgación era que la invención se basase directamente en recursos genéticos y/o [conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos] (en el DC2019 entre corchetes). El art. 1 definía que se entiende por «estar basado en» pero esa definición se refería exclusivamente a los recursos genéticos. No se mencionaban los conocimientos tradicionales conexos, ni siquiera entre corchetes.

72. Para la definición de «estar basados en» recursos genéticos se proponían dos alternativas⁶⁷. Ambas eran muy similares. A grandes rasgos las dos definiciones estaban en la línea propuesta por Suiza en relación con la reforma del PCT aunque introducían matices importantes⁶⁸. En la propuesta Suiza de reforma del PCT con el requisito de «basado directamente» se quería decir que la invención debía hacer un uso inmediato del recurso genético (es decir, que la invención dependiera de las propiedades específicas de los mismos) y que el inventor hubiera tenido acceso físico al recurso (vid supra). En el DC2019, que una invención está basada directamente en un recurso genético implica que se cumplan tres requisitos: hacer uso o uso inmediato del recurso genético, que el invento/concepto inventivo dependa de las propiedades específicas del recurso genético y que el inventor haya accedido a los mismos (art. 1). Es decir, hacer uso del recurso y depender de las propiedades específicas son aparentemente dos cosas diferentes. Esto obliga a definir qué se entiende por hacer uso o uso inmediato del recurso genético.

73. Como se deduce de lo expuesto, por otro lado, se proponía que «basada directamente» implicase que se hiciera un uso *inmediato* del recurso genético –como la propuesta suiza de reforma del PCT– o alternativamente –y aquí está el matiz– que se suprimiese el adjetivo «inmediato», es decir que se aludiese al “uso” sin más (art. 1).

74. Por otro lado, en cualquier caso, «basado directamente en» aparecía definido en el DC2019 en el sentido de que la invención dependía de las propiedades específicas del recurso genético y que el inventor tenía que haber logrado acceder al mismo (art. 1). Pero se proponía que el acceso fuese *físico* o, alternativamente, que el inventor hubiera tenido simplemente acceso al recurso genético sin mencionarse que este tuviese que ser de naturaleza física (art.1), lo que parecía abrir la puerta a que el uso de secuencias genéticas digitalizadas contase como acceso.

75. Hay que decir, no obstante, que también se definía lo que debía entenderse por «acceso» y «acceso físico» (art. 1): «Por “acceso [físico/directo]” al recurso genético se entiende que se está en posesión físicamente del recurso [o al menos en contacto con él de manera suficiente para poder determinar cuáles de sus propiedades son pertinentes para [la invención]». Nótese no obstante que en comparación con la propuesta Suiza de reforma del PCT una de las alternativas propuestas era eliminar el requisito de acceso físico.

⁶⁶ Ibidem, Definiciones.

⁶⁷ Idem.

⁶⁸ Las dos definiciones alternativas son las siguientes: 1) Por “[invención] basada directamente en” se entiende que la [materia] [invención] [tiene que] hacer uso [inmediato] del recurso genético, y depender de las propiedades específicas del recurso al que el inventor [tiene que] haber logrado acceder [físicamente].]; 2) Por “[invención] basada directamente en” se entiende que la [invención] [tiene que] hacer uso [inmediato] del recurso genético, y que el concepto inventivo tiene que depender de las propiedades específicas del recurso al que el inventor [tiene que] haber logrado acceder [físicamente].], idem.

76. Pasemos ahora al desencadenante de los conocimientos tradicionales. Si comparamos la propuesta Suiza de reforma del PCT con el «DC2019», observaremos que el desencadenante del deber de divulgación de conocimientos tradicionales es exactamente el mismo que para los recursos genéticos: la invención debe estar basada directamente en ellos. El «DC2019» no exige por tanto que el inventor sea consciente de que la invención se deriva directamente de dichos conocimientos a diferencia de la propuesta Suiza de reforma del PCT.

77. El «DC2019», por otro lado, no define qué debe entenderse por «estar basada directamente en» conocimientos tradicionales. Puesto que el «DC2019» regula el desencadenante del deber de divulgación de manera común para los conocimientos tradicionales y recursos genéticos (en el mismo artículo y apartado), (y no en el mismo artículo y dos apartados diferentes uno para los recursos genéticos y otro los conocimientos tradicionales de la propuesta Suiza) posiblemente «estar basado en» debería entenderse en el mismo sentido para ambos y, en consecuencia, la definición de «estar basado en» recursos genéticos del art. 1 le sería aplicable (el invento debe hacer uso[inmediato] del *conocimiento tradicional* y depender de las propiedades específicas del recurso al que el inventor [tiene que] haber logrado acceder o bien hacer uso[inmediato] del *conocimiento tradicional* y que el concepto inventivo tiene que depender de las propiedades específicas del recurso al que el inventor [tiene que] haber logrado acceder⁶⁹).

78. El hecho de que no se hubiera definido de forma expresa que significaba estar «basada directamente en» conocimientos tradicionales permite especular sobre si tiene un significado diferente, más amplio que el que podemos derivar de la extensión de la definición de «basada directamente en» recursos genéticos —en sus dos alternativas⁷⁰—.

b) El desencadenante en el *Chair's Text*

79. El *Chair's Text*, que el Sr IAN GOSS presenta como una pieza para salvar las diferencias existentes en el CIG, también en relación con el tema del desencadenante, prevé un deber de divulgación que debe servir de apoyo a los tratados de recursos genéticos y conocimientos tradicionales (CDB, PN, etc.) y evitar la concesión errónea de patentes (vid. supra). Eso implica descartar la opción de un deber de divulgación al servicio *exclusivamente* del Derecho de patentes clásico, que garantice el respeto de los requisitos de patentabilidad y por lo tanto de los desencadenantes que sólo tienen en cuenta este objetivo⁷¹.

80. Por lo que respecta al desencadenante del deber de divulgación, el *Chair's Text* descarta, también, la opción de identificarlo en general con la «utilización» de recursos genéticos y conocimientos tradicionales que algunas Partes de la OMPI habían defendido durante las negociaciones en el CIG⁷². El *Chair's Text* propone en su art. 3 que el deber de divulgación se active cuando la invención reivindicada se base esencialmente/directamente («materially/directly») en recursos genéticos y conocimientos tradicionales. Es decir, en esencia y con los matices que luego se explicarán se incorpora, a mi juicio, en buena medida la propuesta que sobre el requisito de divulgación habían defendido Suiza y la UE.

⁶⁹ Recuérdese que el DC 2019 ofrecía dos definiciones de «basado directamente en» recursos genéticos, de ahí la alternativa. Por otro lado, el DC 2019, en ambos casos, también entre corchetes, previa que el acceso fuese físico. Este requisito parece que no tendría sentido en relación con los conocimientos tradicionales.

⁷⁰ El DC 2019 contenía también una alternativa a la regulación de un deber de divulgación que consistía, en realidad, en prescindir de todo deber de divulgación «nuevo», esto es que no estuviera embebido en el Derecho clásico de patentes. En este contexto, y para los defensores de esta alternativa, el tratado se debería aplicar únicamente a las solicitudes de patentes de invenciones «basadas directamente» en recursos genéticos y conocimientos tradicionales, *Ibidem*, Propuesta II. Alternativas los artículos 2-6. Ausencia de requisito de nueva divulgación, art.2.

⁷¹ Esto debe entenderse correctamente. Como hemos dicho el *Chair's Text* persigue además de aumentar la transparencia y apoyar la aplicación de los tratados que protegen los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales conexos evitar la concesión errónea de patentes. Por lo tanto, el deber de divulgación regulado en el *Chair's Text* sirve a ambos objetivos y por tanto también el desencadenante tiene que ver con ambos.

⁷² En el mismo sentido, G. WÜRTENBERGER y S. FREISCHEM comentando la Propuesta básica op. cit., p. 147.

81. El Sr. IAN GOSS explica en sus notas al art. 3 la razón de ser de esta opción: «el desencadenante debe ser *viable en la práctica* y reflejar las diversas circunstancias que rodean los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales. Esto significa que el requisito de la divulgación no deberá dar lugar a obligaciones para los solicitantes de patentes que no puedan cumplirse o que puedan cumplirse únicamente mediante plazos y esfuerzos injustificables y que, por lo tanto, obstaculicen la innovación basada en los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales conexos.» Esto a su vez hay que relacionarlo con los objetivos del *Chair's text* regulados en su art. 1 y, en concreto, con el objetivo de apoyar –aumentando la transparencia– los tratados de recursos genéticos y conocimientos tradicionales de una manera *eficaz* (vid. *supra*).

82. Lo que se quiere decir es que puede ocurrir que en el desarrollo de una invención para el que se solicita una patente y en la propia solicitud se mencionen una variedad de recursos genéticos –en ocasiones numerosos– y conocimientos tradicionales. Imponer la obligación de revelar la fuente de todos ellos puede ser especialmente gravoso para el solicitante. Recopilar la información lleva tiempo y cuesta dinero y todo ello repercute sobre la presentación de la solicitud de la patente y por tanto, en último término, puede tener un impacto sobre el ritmo de innovación –que es el objetivo último del Derecho de patentes–. Por eso se opta por diferenciar entre recursos genéticos y conocimientos tradicionales conexos esenciales y aquellos que no lo son. Esto implica de alguna forma que la propuesta de prever como desencadenante la simple *utilización* de recursos genéticos o expresiones equivalentes amplias se descarta por imponer una carga excesiva al solicitante⁷³. Con todo en el *Chair's Text* al solicitante de una patente no se le impone un deber de diligencia en la búsqueda de la información sobre la fuente. En consecuencia, en caso de desconocimiento de la fuente, basta con que el solicitante haga una declaración en este sentido para dar por cumplido el requisito de divulgación. El argumento de evitar un sistema ineficiente –o poco práctico– para rechazar la divulgación de los recursos que se han «utilizado» en general para el desarrollo de la invención pierde fuerza en ausencia de un deber de diligencia.

83. Por lo que respecta a la técnica normativa, el *Chair's Text* opta, como en el DC2019, por regular el desencadenante («estar basado [esencialmente/directamente] en») en el art 3 (al que ya nos hemos referido) y dar una definición de lo que se entenderá por «basada [esencialmente/directamente] en» en el art. 2 (lista de términos)⁷⁴. La definición es común para los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales. Con esta combinación de identificación del desencadenante más definición se aspira a proporcionar seguridad jurídica a los solicitantes de patentes y a las Oficinas. Los términos que se han propuesto como desencadenante en el plano internacional o que se han empleado en las legislaciones nacionales (invención basada en, que utiliza, invención derivada, etc) no dejan de ser conceptos jurídicos indeterminados –unos más y otros menos ambiguos– pero todos ellos indeterminados. Las definiciones

⁷³ Muy crítico con esta opción P.H.D. BATISTA, op. cit., p. 331. Para BATISTA si el objetivo del *Chair's Text* es incrementar la transparencia del sistema de patentes como medio de apoyo a las regulaciones de acceso y reparto de beneficios derivados de recursos genéticos y conocimientos tradicionales entonces el deber de divulgación debería activarse en el momento en el que se dejara constancia ya sea en la descripción o en la reivindicación de una patente de la utilización de recursos genéticos debiendo entenderse “utilización» en el sentido previsto en el art. 2 (c) del Protocolo de Nagoya. A su juicio este desencadenante sería suficientemente concreto y evitaría el uso de términos abstractos que podrían conducir a la ineficacia del instrumento una vez implementado, *ibidem*.

⁷⁴ Que una invención esté basada en recursos genéticos y/o conocimientos tradicionales conexos significa que se han empleado en su desarrollo. El Sr. IAN GOSS explica en sus notas que propuso dos adverbios «esencialmente/directamente» para precisar el concepto «estar basado en» y «potenciar al máximo la seguridad jurídica», es decir que los solicitantes puedan prever en qué condiciones están vinculados por el deber de divulgación (*Chair's Text*, notas al art. 2). En las notas al art. 2, el Sr IAN GOSS explica que propuso el término esencialmente como variante al adverbio “directamente” porque este último había resultado controvertido en las deliberaciones del CIG. No obstante, el Sr. IAN GOSS confiaba en que al haber definido qué significa “estar basado directamente en” se salvaran esas dificultades. Leyendo las notas del art. 2 y 3 se deduce que esencialmente y directamente se están utilizando como sinónimos: lo relevante es que entre la invención y los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales exista un vínculo causal entendido en el sentido de que sin esos recursos no se habría podido realizar la invención. El Sr. IAN GOSS explica también en sus notas que decidió no incorporar al proyecto la propuesta de la UE de incluir la frase “se deberá hacer uso inmediato” porque a su juicio no estaba claro su significado.

obviamente pueden ayudar a limitar el grado de indeterminación⁷⁵. La expresión «basada [esencialmente/directamente] en» del *Chair's Text*, el uso de este concepto indeterminado, es lo que provoca que el sistema diseñado en este instrumento no pueda ser aplicado de forma “automática” y siempre vaya a comportar un coste mínimo para los solicitantes y las Oficinas. Piénsese, por ejemplo, en una solicitud de patente en la que se mencionan recursos genéticos: el solicitante deberá valorar si la invención se basa en los mismos y decidir si debe revelar su fuente. Si entiende que la respuesta es negativa y no revela fuente alguna, la Oficina tendrá que revisar si la invención se basa en los recursos citados para, a su vez, comprobar si se ha cumplido con el deber de divulgación.

84. Según la definición del art. 2 del *Chair's Text*, por «basada [esencialmente/directamente] en» debe entenderse que «los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales conexos deben haber sido *necesarios* o *esenciales* («*necessary or material*») para el desarrollo de la invención y que la invención reivindicada debe depender de las propiedades específicas de los recursos genéticos y/o los conocimientos tradicionales conexos» (art. 2) (la cursiva es nuestra).

85. Los arts. 2 y 3 del *Chair's Text* implican que los recursos genéticos que se emplean en el desarrollo de una invención para las que se solicita una patente se clasifican en dos grandes grupos: recursos genéticos que son *necesarios* o *esenciales* para la invención —o en los que la invención se basa *directamente*— y aquellos que no tienen esta naturaleza. Sólo en relación con los primeros se activa el deber de divulgación.

86. El Sr. IAN GOSS, explica estos términos en las notas al art. 3 en relación con los recursos genéticos y su razón de ser: «“Basada en” incluye los RR.GG: que formaron parte del desarrollo de la invención. El término “esencialmente/directamente” indica que debe existir *un vínculo causal* entre la invención y los recursos genéticos. En términos prácticos, esto significa que únicamente deben divulgarse los recursos genéticos *sin los que no podría realizarse la invención*. Los recursos genéticos que hayan podido formar parte del desarrollo de la invención pero que no son esenciales para la invención reivindicada no activarán el requisito de divulgación. Esto comprende especialmente las herramientas de investigación como animales y plantas de experimentación, levaduras, bacterias, plásmidos y vectores virales que a pesar de que son recursos genéticos desde el punto de vista técnico, a menudo son elementos de consumo que pueden adquirirse de proveedores comerciales y que no forman parte de la invención reivindicada y por lo tanto, no tienen que divulgarse [su fuente]» (la cursiva es nuestra)⁷⁶. En definitiva, los adverbios esencialmente/directamente sirven para diferenciar entre todos aquellos recursos genéticos en los que se ha basado el desarrollo de la invención, cuáles activan el deber de divulgación.

87. El vínculo causal debe relacionarse con el hecho de que para que una invención se considere basada esencialmente/directamente en recursos genéticos «la invención reivindicada debe depender de las propiedades específicas de los recursos genéticos (...)» (art. 2, lista de términos). Lo que se quiere decir es que un recurso se considera esencial para una invención cuando no puede realizarse sin él en la medida en la que la invención depende de las propiedades específicas de los citados recursos.

88. Como antes adelantábamos la regulación del desencadenante del *Chair's Text* es muy similar en cuanto al fondo a la propuesta Suiza de modificación del PCT y a la propia regulación suiza del deber de divulgación (vid. supra)⁷⁷. Puede observarse, que la justificación de la distinción entre recursos gené-

⁷⁵ Vid. las notas del Sr. IAN GOSS al art 2 del *Chair's Text*.

⁷⁶ Notas al art. 3 del *Chair's Text*. La Delegación de la India en la OMPI criticó este desencadenante al considerarlo muy limitado porque en su opinión solo exigiría la divulgación de la fuente en los casos en los que exista un vínculo causal muy fuerte y alejado del que correspondería a luz de las obligaciones derivadas del CDB y el PN, Draft text proposal from India to WIPO IGC for modifications in the draft negotiating text for international instrument for protection of genetic resources and associated traditional knowledge, WIPO/GRTKF/IC/SS/GE/23/3, (2023), notas al art. 2.

⁷⁷ Vid., los comentarios de la delegación suiza en la OMPI en el año 2022 y sus reflexiones sobre el *Chair's Text*, An international disclosure, op. cit., punto 3.1.

tivos esenciales y no esenciales para la invención es prácticamente la misma que empleó la Delegación suiza ante la OMPI para explicar su propuesta de modificación del PCT (vid. supra)⁷⁸.

89. Con todo nótese que como explicábamos más arriba en relación con el DC2019, a diferencia de la propuesta Suiza, en el *Chair's Text* la definición de «estar basada directamente en» requiere que se cumplan dos requisitos: hacer uso inmediato/esencial del recurso genético «y» depender de las propiedades físicas del recurso. Sin embargo, esta diferencia no es tan importante como podría pensarse. Si tenemos en cuenta la explicación del Sr. IAN GOSS los dos requisitos mencionados, por más que se presenten como requerimientos aparentemente diferentes, en realidad aluden a lo mismo: que la invención *dependa de las propiedades específicas* del recurso significa que existe *un vínculo causal*. Lo que está detrás de esta redundancia es el afán de proporcionar el mayor grado de precisión posible al definir «basado directamente en» y por tanto seguridad jurídica.

90. Existe una diferencia importante entre las propuestas Suiza y de la UE de reforma del PCT, algunos de los borradores que se discutieron en el CIG y en el *Chair's Text*. En este último, no se menciona la necesidad de que el inventor hubiera tenido acceso físico al recurso genético o al menos hubiera estado en contacto con él de manera suficiente para poder determinar cuáles de sus propiedades son pertinentes para la invención. El Sr. IAN GOSS explica en las notas al art. 2 del *Chair's Text* que se decidió omitir este requisito porque «existen diferentes opiniones en el CIG sobre si sigue siendo necesario el acceso físico a un recurso genético de un inventor a la vista de los avances tecnológicos en esta esfera», con lo que parece estar refiriéndose a la utilización de la DSI⁷⁹.

91. Por lo que respecta, en particular, a los conocimientos tradicionales conexos y el desencadenante del deber de divulgación el *Chair's Text* establece lo siguiente. Según el art. 3.2 el deber de divulgación se activa cuando una solicitud de patente esté basada [esencialmente/directamente] en ellos. De acuerdo con el art. 2 se entiende por “estar basada [esencialmente/directamente] en” que los conocimientos tradicionales conexos deben haber sido necesarios o esenciales para el desarrollo de la invención reivindicada, y que la invención reivindicada debe depender de las propiedades específicas de los conocimientos tradicionales conexos. De modo que nuevamente será preciso diferenciar entre conocimientos tradicionales conexos necesarios o esenciales para la invención y aquellos no lo son. Sólo existe el deber de divulgar la fuente de los primeros.

92. Las notas del Sr. IAN GOSS al art. 3 explican que “basada esencialmente/directamente en” en el contexto de los conocimientos tradicionales conexos «significa que el inventor *debe haber utilizado* los conocimientos tradicionales al desarrollar la invención y que la invención reivindicada debe haber *dependido* de los conocimientos tradicionales» (la cursiva es nuestra). Llama la atención que el Sr. IAN GOSS no extienda —obviamente con los debidos matices— su explicación del sentido de «basado

⁷⁸ La delegación suiza en la OMPI comentando el *Chair's Text* insistió en la idea de que “los recursos genéticos relacionados con la investigación preliminar (upstream) y las actividades de desarrollo antes de la realización de la invención (por ejemplo, investigación científica básica inicial), así como los instrumentos de laboratorio, no deben considerarse desencadenantes de la divulgación”, An international disclosure, apartado 3.1. En particular según Suiza no debería ser obligatorio para el solicitante de una patente divulgar el origen de animales o plantas de experimentación y elementos de consumo como plásmidos, virus, bacterias o levaduras mencionados, ibidem.

⁷⁹ La delegación suiza en la OMPI comentando el *Chair's Text* insistió en que la regulación internacional del deber de divulgación debería centrarse en los recursos genéticos tal y como aparecen definidos en el CDB y en el PN, que tradicionalmente se ha entendido en un sentido material o tangible, An international disclosure, op. cit., apartado 2.2.

En el texto se ha optado por traducir «materially/directly» por «esencialmente/directamente». Esta es la forma en la que aparecen traducidos en la versión en español (traducción de la OMPI) del *Chair's Text*. Esta traducción nos parece la más adecuada a la luz de las notas del Sr. IAN GOSS. Como hemos explicado con estos adverbios lo que se pretendía era indicar que era necesario un vínculo causal entre el recurso genético y la invención. Hemos descartado, por tanto, traducir «materially» por “materialmente”. Esta traducción podría implicar que el deber de divulgación solo se activaría en relación con los recursos genéticos entendidos como muestra física. No existiría por tanto obligación de divulgar el origen de los inventos basados en la DSI. Como acabamos de explicar, sin embargo, la cuestión de la DSI se quiso dejar sin resolver en el *Chair's Text*.

esencialmente en» recursos genéticos a los conocimientos tradicionales a pesar de que la definición del art. 2 es común para ambos.

93. A la vista de esta circunstancia surge la duda de qué significa que una invención *dependa* de conocimientos tradicionales. Una primera opción es interpretarlo en el sentido en que “basada directamente en” se entiende en relación con los recursos genéticos (vid supra): basada directamente/esencialmente significa que se hace un uso de los conocimientos tradicionales en el desarrollo de la invención de modo que entre ambos existe un vínculo causal, lo que significa que *sin ellos no podría realizarse la invención*. Parece que con esta interpretación solo habría que divulgar aquellos conocimientos tradicionales que forman parte del concepto inventivo. Esta interpretación tendría a su favor que la expresión «basada [esencialmente/directamente] en» se define del mismo modo para los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales⁸⁰. La alternativa sería interpretar esa relación de *dependencia* –o de causalidad– de una forma más amplia de modo que no solo incluiría el supuesto anterior sino también aquellos casos en que los conocimientos tradicionales contribuyan al concepto inventivo sin llegar a integrarse en el mismo.

94. Por último, a diferencia de la propuesta Suiza y de la UE de reforma del PCT, en el *Chair’s Text* no se prevé expresamente el requisito de que el inventor *sepa* o sea consciente de que la invención *se basa directamente* en conocimientos tradicionales para que se active el deber de divulgación. El Sr. IAN GOSS en las notas al art. 3 del *Chair’s Text* explica lo siguiente: «Una cuestión específica que tiene que ver con el alcance del régimen de divulgación es el requisito de que los solicitantes declaren la fuente de los conocimientos tradicionales conexos *si son conscientes de que la invención estaba basada esencialmente/directamente en dichos CC.TT.* Soy consciente de que algunos miembros opinan que es necesario llevar a cabo un debate en profundidad sobre el concepto de CC.TT. antes de hacer referencia a ellos en un régimen de divulgación. Sin embargo, teniendo en cuenta que otros instrumentos internacionales hacen referencia a los CC.TT. sin definirlos necesariamente y observando los objetivos del presente instrumento y de las novedades que tienen lugar en este ámbito, se ha conservado esa materia.» (la cursiva es nuestra)⁸¹. Esta nota es un tanto enigmática porque parece referirse a la cuestión de si es correcto formular un deber de divulgación en relación con los conocimientos tradicionales aún cuando no haya acuerdo sobre su concepto. Pero al mismo tiempo se alude al requisito de que los solicitantes sean conscientes de la invención está basada esencialmente/directamente en dichos conocimientos.

95. La nota del Sr. IAN GOSS parece dar a entender que es preciso que el solicitante de la patente conozca que está basada en conocimientos tradicionales para que se active el deber de divulgación. Es decir, la necesidad del conocimiento estaría implícito en el requisito de que la invención esté basada en conocimientos tradicionales asociados. Y podría pensarse que es lógico que así sea porque el solicitante malamente podrá cumplir con el requisito de divulgar el origen de los conocimientos tradicionales si no sabe que los está empleando. Por otro lado, interpretar que el *Chair’s Text* no exige conocimiento implicaría que el solicitante tiene un deber de diligencia, deber que sin embargo no estaba previsto en el mismo. Es decir, conllevaría que antes de presentar una solicitud de patente, el solicitante tendría que investigar si de hecho la patente se basa en conocimientos que ya posee una comunidad indígena o local por más que se haya desarrollado el invento sin saberlo.

96. Pero también podría sostenerse que el *Chair’s Text* *guarda silencio* sobre el requisito de que el solicitante sea consciente de que la invención está basada en los conocimientos tradicionales. Ese silencio podría interpretarse en el sentido de que el *Chair’s Text* prohíbe a las Partes contratantes exigir el requisito de ser consciente. El silencio –aunque es más discutible– podría interpretarse en el sentido de que no se prohíbe pero tampoco se exige a las partes contratantes. Así pues, las Partes contratantes podrían –es algo facultativo– llegar a exigir en sus regulaciones nacionales que se cumpla el requisito

⁸⁰ La delegación de la India parece interpretar el desencadenante del deber de divulgación de los conocimientos tradicionales de este modo cuando dice que establece un vínculo causal muy fuerte, circunstancia que critica, Draft text proposal from India, op. cit., notas al art. 1.

⁸¹ Notas al art. 3 del *Chair’s Text*, apartado 8.

de que el solicitante sea consciente de que la invención se basa en conocimientos tradicionales. Un problema que plantea esta interpretación es que añade incertidumbre y genera inseguridad, puesto que podríamos encontrarnos con que algunas de las hipotéticas Partes contratantes del *Chair's Text* optasen por exigir el requisito del conocimiento y otros no. Este resultado sería contrario al objetivo perseguido con la regulación de un deber de divulgación *internacional*: seguridad jurídica a través de la armonización del deber de divulgación. Pero podría contraargumentarse que la seguridad se busca en relación con aquellos aspectos en relación con los que pudo llegarse a un acuerdo.

C) El desencadenante en el TPIRGCT

97. El TPIRGCT opta también por identificar el desencadenante del deber de divulgación en el art. 3 y definirlo en el art. 2 (lista de términos). La definición es nuevamente común para los recursos genéticos y conocimientos tradicionales. Así de acuerdo con el art. 3 las Partes contratantes del TPIRGCT deben exigir a los solicitantes de una patente que divulguen la fuente de los recursos genéticos o conocimientos tradicionales conexos cuando la invención «esté basada» en ellos. Por «basada en» se entenderá según el art. 2 «que los recursos genéticos y/o los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos deben haber sido necesarios para la invención reivindicada y que la invención reivindicada debe depender de las propiedades específicas de los recursos genéticos y/o conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos»⁸². Sobre la técnica de utilizar un concepto jurídico indeterminado completado por una definición pueden traerse aquí, *mutatis mutandis*, las reflexiones que se hicieron al hilo del *Chair's Text*.

98. Así pues, para que una invención se pueda considerar «basada en» recursos genéticos y/o conocimientos tradicionales conexos deben cumplirse dos requisitos. En primer lugar, los recursos genéticos/conocimientos tradicionales asociados deben haber sido *necesarios* para la invención reivindicada. En segundo lugar, la invención debe depender de las propiedades específicas de los recursos genéticos/conocimientos tradicionales asociados.

99. Comencemos por el primer requisito mencionado. En el contexto del *Chair's Text* y por lo que respecta a los recursos genéticos, basado «directamente», «esencialmente» en recursos genéticos y recursos genéticos «necesarios para la invención», se utilizan como sinónimos. Por lo tanto, parece que en principio, debemos interpretar «necesario» en el sentido en el que el Sr. IAN GOSS interpretaba los adverbios «directamente» o «esencialmente»: debe existir *un vínculo causal* entre la invención y los recursos genéticos. En consecuencia, solo debe divulgarse la fuente de los recursos genéticos *sin los que no podría realizarse la invención*. Esto implica que no es preciso divulgar la fuente de los recursos que no tienen esta naturaleza y en particular «las herramientas de investigación como animales y plantas de experimentación, levaduras, bacterias, plásmidos y vectores virales» entendidos como elementos de consumo que pueden adquirirse de proveedores comerciales y que no forman parte de la invención reivindicada (vid supra los comentarios sobre el *Chair's Text*)⁸³.

100. El segundo requisito para que una invención se considere «basada en» un recurso genético es que dependa de las propiedades específicas de los mismos. Aunque aparentemente es un requisito

⁸² Nótese que el término que se emplea como desencadenante es «basada en». Han desaparecido por tanto del desencadenante los adverbios del tipo «directamente», «esencialmente», «inmediatamente» que figuraban en otras propuestas. El término «basada en» se acota ahora en la definición que figura en el artículo 2, indicando que los recursos deben haber sido *necesarios* para la invención y que ésta dependa de sus propiedades específicas. Esta posibilidad –suprimir del desencadenante los adverbios y acotar su significado en la definición– ya figuraba en el *Chair's Text*: en la lista de términos del art. 2 «esencialmente» y «directamente» aparecían entre corchetes («basada [esencialmente/directamente] en») y lo mismo ocurría en el art. 3. El Sr. IAN GOSS en las notas al *Chair's Text* mencionaba expresamente esta posibilidad, vid. notas sobre el art. 2, párrafo 4. Este cambio ha sido positivo. La propuesta que figuraba en el *Chair's Text* resultaba prolija.

⁸³ En el mismo sentido, en relación con la «Propuesta básica», G. WÜRTENBERGER y S. FREISCHEM, op. cit., p. 148.

diferente de que «el recurso genético sea necesario», a la vista de la evolución de los diferentes borradores parece que se refieren a lo mismo. Dicho de otro modo, el mismo requisito se contempla desde perspectivas diferentes: «necesario» implica que existe un vínculo causal entre los recursos genéticos y la invención reivindicada. Que «la invención reivindicada dependa de las propiedades específicas de los recursos genéticos» precisa entre qué elementos debe existir un vínculo causal; es decir, aclara cuáles son los «extremos» del vínculo causal: la invención tal y como aparece en la reivindicación y las propiedades «específicas» de la invención. «Depender» se refiere al vínculo causal y por tanto es sinónimo de «necesario».

101. Tan importante como lo que se dice en el art. 3 sobre el desencadenante del deber de divulgación en relación con los recursos genéticos es lo que no se dice. Finalmente se ha optado por no exigir para que el deber de divulgación se active que el inventor haya tenido acceso *físico* al recurso (haber estado en posesión de los recursos genéticos o al menos en contacto con ellos de una manera suficiente para que pudiera identificar las propiedades de los mismos relevantes para la invención). La cuestión es cómo debe interpretarse este silencio. ¿Debe entenderse que el deber de divulgación se activa también cuando la invención se basa en secuencias genéticas digitalizadas? En contra puede alegarse que el TPIRGCT asume el concepto de recursos genéticos del CDB (vid supra) y que tradicionalmente el término recurso genético en ese contexto se ha entendido en un sentido *físico*. El deber de divulgación tendría por objeto los recursos genético entendidos como muestra física. Y en consecuencia tendría sentido exigir como requisito del deber de divulgación el acceso físico a los mismos. Hay que decir, no obstante, que no todo el mundo comparte esta interpretación del concepto de recurso genético. Por otro lado, tenemos las notas del *Chair's Text* a las que ya nos hemos referido más arriba. Según el Sr. IAN GOSS la definición “basada directamente” no se pronuncia sobre la cuestión del acceso físico a la vista de las diferentes opiniones que existían en el CIG debido a «los avances tecnológicos en esta esfera», con lo que parece que se está aludiendo precisamente al problema de si el término «recurso genético» puede entenderse tanto en sentido material como inmaterial.

102. Lo que parece claro es que no fue posible llegar a un acuerdo y, por lo tanto, el requisito del «acceso físico» está sin regular⁸⁴. El silencio no puede interpretarse ni en el sentido de que los Estados tengan *prohibido* exigirlo como requisito del desencadenante pero tampoco que esté implícito en el TPIRGCT (y que por tanto deba exigirse en todo caso). Por lo tanto, parece que las partes del TPIRGCT podrían –sin vulnerar el tratado– hacer lo que estimen oportuno al implementar el deber de divulgación en sus Derechos nacionales: no exigir el requisito del acceso físico o exigirlo. La contrapartida es que podría generarse incertidumbre al ser posible que las diferentes partes contratantes tengan regulaciones parcialmente diferentes sobre el desencadenante. Este resultado parece contrario a uno de los objetivos perseguidos con la regulación de un deber de divulgación internacional por el TPIRGCT: lograr armonizar la regulación y proporcionar seguridad jurídica. Sin embargo, podría contraargumentarse que la finalidad de lograr seguridad jurídica se limita a aquellos aspectos armonizados –es decir, a aquellos aspectos en los que fue posible lograr un acuerdo y que no quedaron abiertos–.

103. Pasemos ahora al desencadenante en relación con los conocimientos tradicionales asociados. El deber de divulgación se activa –como ocurría con los recursos genéticos– si la invención reivindicada *se basa* en conocimientos tradicionales conexos a los recursos genéticos (art. 3.2 TPIRGCT). «Basada en» significa que los conocimientos tradicionales deben haber sido necesarios para la invención reivindicada y que ésta última dependa de las propiedades específicas de los conocimientos tradicionales conexos (art. 2 TPIRGCT).

104. Como la definición de «basada en» es idéntica tanto para los recursos genéticos como para los conocimientos tradicionales, en principio el término «necesarios» debería tener el mismo sig-

⁸⁴ Como explican G. WÜRTENBERGER y S. FREISCHEM en relación con la Propuesta básica, estamos ante una cuestión abierta, op. cit., p. 148.

nificado tanto en relación con el deber de divulgación de recursos genéticos como de conocimientos tradicionales. «Necesarios», por tanto, significaría, en principio, que entre los conocimientos tradicionales y la invención reivindicada debería existir un vínculo causal de modo que la invención reivindicada dependa de las propiedades específicas de los conocimientos tradicionales. El vínculo causal debería ser de tal naturaleza que sin los conocimientos tradicionales no podría realizarse la invención. Por propiedades específicas de los conocimientos tradicionales hay que entender su contenido (vid supra). De modo que en principio parece que hay obligación de divulgar la fuente de los conocimientos tradicionales cuando estos forman parte del concepto inventivo, porque sin ellos no podría haberse desarrollado la invención.

105. Sin embargo, cuando comentamos el *Chair's Text* mencionamos, que quizás el término «depender» pueda entenderse en un sentido más amplio que respecto a los recursos genéticos. Aquellas reflexiones pueden traerse aquí. Es decir, aunque se requiera una relación de causalidad entre los conocimientos tradicionales y la invención no será preciso que tenga una naturaleza tan estricta como en el caso de los recursos genéticos. Entendido de una manera más generosa, el deber de divulgación obligaría a revelar la fuente de los conocimientos tradicionales que sin integrarse en el concepto inventivo contribuyan al mismo.

106. En nuestra opinión, esta interpretación es conforme con el objetivo del TPIRGCT de dotar al sistema de patentes de una mayor transparencia como medida de apoyo a los Tratados internacionales de recursos genéticos y conocimientos tradicionales, (art.1.a). Una interpretación muy estricta de la relación de dependencia podría prácticamente vaciar de contenido al deber de divulgación en relación con los conocimientos tradicionales como mecanismo de apoyo al CDB y al PN. Por lo que respecta al objetivo de evitar la concesión errónea de patentes, en principio nos interesa todo el conocimiento que se encuentra en el estado de la técnica pertinente y por lo tanto es relevante tanto aquel conocimiento tradicional que se integra en el concepto inventivo como aquel que contribuye al mismo. Todos ellos pueden ayudar a evaluar la novedad y la altura inventiva de la invención reivindicada.

107. El TPIRGCT no exige para que se active el deber de divulgación en relación con los conocimientos tradicionales que el inventor sea consciente de que la invención “se basa” en los conocimientos tradicionales a diferencia de la propuesta suiza y de la UE de modificación del PCT. Más arriba vimos que el *Chair's Text* tampoco preveía el requisito de “ser consciente” e hicimos algunas reflexiones sobre las notas del Sr. IAN GOSS sobre el tema que se pueden traer aquí.

V. El contenido del deber de divulgación

108. Otro de los temas polémicos en relación con el requisito de divulgación es el relativo a su contenido. Es decir, qué información debe proporcionar el solicitante de una patente que se basa en recursos genéticos o en conocimientos tradicionales conexos.

109. El art. 3.1 del TPIRGCT establece que cuando la invención reivindicada en una solicitud de patente esté basada en recursos genéticos, cada parte contratante exigirá que los solicitantes divulguen el país de origen de los recursos genéticos y en su defecto –y en los términos que luego explicaremos–, la fuente de los recursos genéticos. Por lo que respecta a las invenciones basadas en conocimientos tradicionales asociados, los solicitantes deben divulgar los Pueblos indígenas o la comunidad local que proporcionaron los conocimientos tradicionales conexos a los recursos genéticos o en su defecto –nuevamente en los términos que luego veremos– la fuente de dichos conocimientos (art. 3.2).

110. El tema del contenido del deber de divulgación está directamente relacionado con su finalidad. Quienes defienden un deber de divulgación que garantice el cumplimiento de la normativa de acceso a los recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados suelen defender un contenido

amplio y aquellos partidarios de un deber de divulgación más limitado, que únicamente garantice un cierto grado de transparencia, abogan por un contenido restringido. Esta es el enfoque por el que ha optado el TPIRGCT.

111. En efecto, en el TPIRGCT no se exige a los solicitantes de una patente basada en recursos genéticos o conocimientos tradicionales conexos que aporten el certificado de cumplimiento reconocido internacionalmente regulado en el art. 17 PN como se había propuesto, en diferentes ocasiones, por algunos Estados⁸⁵. En el sistema diseñado en el CDB, este certificado hace prueba de que se ha accedido al recurso genético respetando la normativa de acceso del país de origen y, por tanto, se cuenta, en su caso con una autorización de acceso y se han negociado el reparto de beneficios. Tampoco se requiere el certificado o permiso emitido por el país de origen en el momento en el que se accede a los recursos genéticos y que acredita los extremos anteriormente mencionados (art. 6.3, e) PN).

112. Esta opción es coherente con los fines del deber de divulgación regulado por el TPIRGCT. De acuerdo con el art. 1.a) del TPIRGCT el primer objetivo es aumentar la transparencia del sistema de patentes en el sentido de que se conozca, en la medida de lo posible el origen de los recursos y conocimientos tradicionales conexos en los que se basa la invención solicitada. No se pretende emplear el examen de la solicitud de la patente como instrumento para comprobar que se ha cumplido con las normativas de acceso nacionales ni incentivar su cumplimiento. Por otro lado, de acuerdo con el art. 1.a) el TPIRGCT busca crear un sistema de patentes eficiente y de calidad. Al no requerir un certificado de origen y simplemente exigir que se revele el país de origen o la fuente si se conocen se reduce al mínimo la posible carga que se impone a los solicitantes de patentes con el deber de divulgación y se reduce el riesgo de que afecte negativamente a la innovación. Por lo que respecta al segundo de los objetivos del TPIRGCT, impedir la concesión de patentes que no son nuevas o carecen de altura inventiva, resulta obvio que para lograrlo no es preciso el certificado de cumplimiento reconocido internacionalmente ni el permiso del país de origen. Basta con conocer el origen geográfico del recurso o el Pueblo indígena o la comunidad local de la que procede el conocimiento tradicional.

113. Si bien lo que parece decírsenos es que se ha encontrado un equilibrio, y que el solicitante de la patente no resulta sobrecargado lo cierto es el resultado no deja de ser un tanto “artificial” y quizás en cierta medida engañoso. El TPIRGCT no impide que los Estados parte exijan un deber de divulgación *fuera del ámbito de patentes* y requieran el certificado del art 17 PN o similar: por ejemplo, para acceder a fondos públicos para investigación basada en recursos genéticos o para comercializar los productos resultantes de la misma⁸⁶. Esto implica que el investigador que pretenda registrar una patente basada en recursos genéticos puede que no tenga que aportar el certificado correspondiente con la solicitud de patente en virtud del TPIRGCT pero podría haber tenido que presentarlo previamente (para acceder a fondos de investigación, por ejemplo) o pueda que tenga que hacerlo con posterioridad (para obtener una autorización de comercialización). En consecuencia, para conocer la carga total para el solicitante de una patente y valorar el impacto en la innovación deberíamos tener presente el conjunto de normas medioambientales y de patentes del correspondiente país, y no solo estas últimas. Es la carga total la que puede afectar al incentivo de la innovación. Una vez firmado el CDB y el PN parece que seguir defendiendo una separación estricta entre el Derecho de patentes y el resto de normas medioambientales es un tanto artificial. Quizás la alternativa sería pensar que tanto el Derecho de patentes y las normas medioambientales persiguen el objetivo de promover la innovación. Sin la conservación del medioambiente el ritmo de innovación puede verse reducido. En consecuencia, este factor debería tenerse en cuenta a la hora de valorar la eficiencia del requisito de divulgación en el Derecho de patentes.

⁸⁵ Vid., por ejemplo, WIPO, Consolidated document relating to intellectual property and genetic resources, WIPO/GRTKF/IC/25/5, (2013), op. cit., art 3.7, Opción 1, contenido de la divulgación.

⁸⁶ Vid., por ejemplo, Reglamento (UE) n.º 511/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a las medidas de cumplimiento de los usuarios del Protocolo de Nagoya sobre el acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización en la Unión, DOUE L 150 de 20 de mayo de 2014, p. 59.

114. El TPIRGCT tanto en relación con los recursos genéticos como los conocimientos tradicionales ha optado por un sistema “en cascada” que exige revelar cierta información con carácter preferente. Comenzaremos analizando el contenido del deber de divulgación en relación con los recursos genéticos.

115. Los solicitantes de una patente basada en recursos genéticos o conocimientos tradicionales deberán divulgar el país de origen. Si el solicitante desconoce esta información o si los recursos no tienen su origen en un país, deberá divulgar la fuente de los recursos genéticos (art. 3.1 TPIRGCT). En el art. 2 («lista de términos») se define «país de origen de los recursos genéticos» como aquel país que posee esos recursos genéticos en condiciones «in situ». Es irrelevante si el recurso genético es originario de ese país o llegó al mismo posteriormente. Por otro lado, es posible que un mismo recurso genético pueda encontrarse en varios países en condiciones in situ. El TPIRGCT en la nota 2 al art. 3.1 explica que existe una Declaración concertada según la cual en los casos que haya más de un país de origen, el solicitante divulgará el país de origen del que se haya obtenido realmente los recursos genéticos⁸⁷. El término «país de origen» se define del mismo modo que en el CDB (art. 2). Una vez más de este modo se pretende que el TPIRGCT, un tratado de propiedad intelectual, apoye el CDB y el PN⁸⁸.

116. En los casos en los que el solicitante desconozca el país de origen, obviamente no podrá cumplir con el art. 3.1.a) TPIRGCT e informar sobre el mismo. En ese caso deberá divulgar «la fuente de los recursos genéticos» (art. 3.1b). De acuerdo con el art. 2 del TPIRGCT se entenderá por «fuente de los recursos genéticos» «cualquier fuente de la que el solicitante haya obtenido los recursos genéticos, por ejemplo, un centro de investigación, un banco de genes, Pueblos indígenas y comunidades locales, el sistema multilateral del Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (ITPGRFA) o cualquier otra colección o depósito ex situ de recursos genéticos».

117. El art. 3.1 del TPIRGCT pretende definir el contenido del deber de divulgación de la forma más amplia posible. En último término el solicitante deberá divulgar el país de origen si lo conoce y si lo desconoce “*cualquier fuente*” de la que se haya obtenido el recurso⁸⁹. Las fuentes concretas que aparecen en el art. 2 se mencionan únicamente a título de ejemplo. De este modo se busca cubrir el amplio abanico de entidades que de acuerdo con el CDB, el PN, el ITPGRFA, la Directrices de Bonn están relacionadas con el acceso a los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales y apoyar su aplicación⁹⁰. Y al mismo tiempo se reducen al máximo los supuestos en los que el solicitante de la patente pueda sostener que desconoce el origen de los recursos⁹¹.

118. El art. 3 TPIRGCT no regula el supuesto en el que el solicitante conoce varias fuentes de los recursos genéticos más allá de establecer que si una de ellas es el país de origen este deberá ser divulgado preferentemente. Y que si este es desconocido para el solicitante deberá revelarse la fuente de la que adquirió los recursos genéticos. Seguramente el art. 3 deba entenderse en el sentido de que nada se opone a que las Partes contratantes prevean en sus legislaciones que el solicitante de la patente pueda además de la información indicada en el art. 3 y con el orden allí previsto revelar cualquier otra fuente por cuyas manos hayan pasado los recursos genéticos a los que se refiere su solicitud de patente⁹².

⁸⁷ Vid., en el mismo sentido, en relación con el *Chair's Text* los comentarios del Sr. IAN GOSS al art 3.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ Podría preguntarse si el país de origen del que proceden los recursos genéticos no es una fuente de los mismos. En un sentido coloquial la respuesta es afirmativa. Legalmente, de acuerdo con el TPIRGCT hay que diferenciar el país de origen del que se obtienen los recursos y la «fuente» de los recursos genéticos –que es cualquier fuente diferente del país de origen– del que procedan los recursos, cfr. SUIZA, *An international disclosure*, op. cit., apartado 3.1.

Por otro lado, la delegación suiza en la OMPI propuso, en su momento, utilizar exclusivamente el término «fuente», SUIZA, *Proposals*, op. cit., párrafo 22, SUIZA, *Further observations by Switzerland on its proposals regarding the declaration of the source of genetic resources and traditional knowledge in patent applications*, PCT/R/WG/7/9,(2005), párrafos 13-16.

⁹⁰ Vid. SUIZA, *Additional comments*, op. cit., párrafo 23.

⁹¹ Cfr. SUIZA, *Further observations*, op. cit., párrafo 16.

⁹² *Ibidem*, párrafo 15.

Así, por ejemplo, de existir en una Parte contratante una regulación de este tipo, el solicitante que ha obtenido los recursos genéticos de una colección *ex situ* y que conoce también el país de origen (que ha proporcionado, por ejemplo, el recurso genético a la colección *ex situ*), deberá revelar el país de origen y opcionalmente la colección *ex situ*. Del mismo modo si, por ejemplo, el solicitante ha adquirido sus recursos genéticos de una colección *ex situ* y esta a su vez de otra colección y esta circunstancia es conocida por él, deberá revelar la primera colección mencionada y opcionalmente la segunda.

119. Lo que el TPIRGCT pretende es que al revelar el país de origen los interesados puedan comprobar si se ha cumplido su normativa de acceso y reparto de beneficios. Si se desconoce, pero se informa de una fuente alternativa, existirá la posibilidad de ir tirando del hilo hasta llegar al país de origen. Con las regulaciones nacionales que además de obligar a divulgar el país de origen o la fuente más cercana al país de origen conocida por el solicitante imponen o posibilitan que se informe de cualquier otra fuente se facilitará que, en su caso, se distribuyan los beneficios —en la medida que corresponda— entre todos los que han sido identificados como contribuyentes a la gestión de los recursos, y al proceso científico y/o comercial (vid. art. 48 Directrices de Bonn)⁹³.

120. Hasta el momento nos hemos ocupado de la hipótesis en la que los recursos genéticos proceden de un país de origen que puede o no ser conocido para el solicitante. Pero hay un segundo supuesto que también está regulado en el art. 3.1 TPIRGCT. En aquellos casos en los que el art. 3.1.a) del TPIRGCT no resulta de aplicación, esto es no hay país de origen de los recursos genéticos, el solicitante no podrá por definición divulgar esa información. En ese caso de acuerdo con el art. 3.1 b) el solicitante de la patente deberá revelar la fuente de los recursos genéticos. El Sr. IAN GOSS en el *Chair's Text* ponía como ejemplo los recursos genéticos situados fuera de la jurisdicción nacional⁹⁴.

121. Finalmente, en cualquier supuesto, si el solicitante de una patente basada en recursos genéticos desconoce el país de origen y la fuente de los recursos genéticos, las partes contratantes exigirán que el solicitante formule una declaración a tal efecto, afirmando que el contenido de la declaración es verdadero y correcto (art. 3.3 del TPIRGCT). El art. 3.3 es una norma de cierre con la que se persiguen varios objetivos: por un lado, permitir que los solicitantes de una patente que ignoran la información indicada en el art. 3.1 puedan presentar igualmente la solicitud de patente⁹⁵. Además de ese modo pretende evitarse que las invenciones se mantengan en secreto⁹⁶. Y, por último, se persigue no entorpecer la investigación e innovación, que podría ralentizarse si los investigadores debieran conocer el origen de los recursos genéticos que emplean en su investigación so pena de no poder solicitar, en el futuro, la correspondiente patente⁹⁷. Por último, la exigencia de que los solicitantes declaren que es *cierto y correcto* que ignoran el país de origen o la fuente debe relacionarse con los arts. 5.3 y 5.4 del TPIRGCT.

122. El TPIRGCT simplemente establece que los Estados contratantes podrán exigir al solicitante de una patente que desvele cierta información y si la desconoce bastará con que así lo confirme en la solicitud de patente. No se exige ni tampoco se contempla la posibilidad de exigir al solicitante de patente que desconoce la información sobre el país de origen o la fuente de los recursos que la busque de una manera diligente. La razón de que no se haya previsto expresamente un deber de diligencia probablemente radique una vez más en tratar de reducir al mínimo los costes asociados al cumplimiento del deber de divulgación como medio para apoyar los tratados medioambientales y no afectar a la innovación (cfr. art. 1 TPIRGCT). Obviamente eso se hace a costa de la eficacia del deber de divulgación. Parece extremadamente difícil interpretar el art. 3 del TPIRGCT a la vista de su tenor literal en el sen-

⁹³ Cfr. SUIZA, Additional comments, op. cit., párrafo 23.

⁹⁴ *Chair's Text*, Notas sobre el art. 3, apartado 6.b.

⁹⁵ En relación con el Derecho suizo, vid. WIPO, Policies, measures and experiences regarding intellectual property and genetic resources: submission by Switzerland, WIPO/GRTKF/IC/16/INF/14, (2010), Anexo, párrafo 14.

⁹⁶ En relación con la propuesta de la Delegación suiza en la OMPI de modificación del PCT, SUIZA, Additional comments, op. cit., párrafo 23.

⁹⁷ *Ibidem*.

tido de que está implícito el deber de informar sobre el país de origen o la correspondiente fuente si la averiguación de este dato no comporta un esfuerzo injustificable para el solicitante de la patente⁹⁸. Por otro lado, también es cuestionable, si se llega a la conclusión de que el TPIRGCT no impone un deber de diligencia, que las partes del TPIRGCT puedan introducirlo en sus respectivas regulaciones nacionales. Reconocer esta posibilidad podría dar lugar a diferentes regímenes sobre el deber de divulgación lo que sería contrario al objetivo del TPIRGCT de lograr una regulación uniforme en el plano internacional y además alterar la relación de equilibrios diseñados para lograr un sistema eficiente⁹⁹.

123. En todo caso, en la medida en la que el contenido del deber de divulgación se ha definido de una forma muy amplia serán escasos los supuestos en los que el solicitante pueda declarar su desconocimiento. Con todo hay que reconocer que no es lo mismo en términos de apoyar la aplicación del CDB imponer un deber de diligencia en la búsqueda del país de origen que no hacerlo¹⁰⁰.

124. El argumento de no prever un deber de diligencia para no sobrecargar al solicitante debe relativizarse una vez más si se tiene presente que el TPIRGCT no prohíbe —no podría— que las partes prevean en su normativa de derecho medioambiental un deber de diligencia a quienes realizan investigación basada en recursos genéticos o conocimientos tradicionales conexos (para acceder a fondos de investigación, o para comercializar los productos elaborados sobre su base, por ejemplo) (vid. supra).

125. En cuanto al contenido del deber de divulgación en relación con los conocimientos tradicionales asociados, las normas del TPIRGCT son similares a las expuestas para los recursos genéticos. Se opta también por un sistema “en cascada”. Las partes contratantes deben exigir al solicitante de la patente que divulgue los Pueblos indígenas o la comunidad local que proporcionaron los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos (art. 3.2.a)¹⁰¹. En el caso de que el solicitante desconozca esta información o no se puede proporcionar por otra razón, las partes contratantes exigirán a los solicitantes de la patente la revelación de la fuente de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos (3.2.b). El término “conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos” se define en el art. 2 TPIRGCT como “cualquier fuente de la que el solicitante haya obtenido los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, por ejemplo, las publicaciones científicas, las bases de datos accesibles al público, las solicitudes de patente y las publicaciones de patentes”¹⁰². Como puede observarse, al igual que ocurría con los recursos genéticos el contenido del deber de divulgación se delimita de la forma más amplia posible. Para los conocimientos tradicionales valen *mutatis mutandis* las reflexiones que se hicieron sobre este tema en relación con los recursos genéticos.

⁹⁸ En relación con el proyecto del TPIRGCT, G. WÜRTEMBERGER y S. FREISCHEM explicaban que no describía de manera precisa los límites entre los conceptos de “conocimiento” e “ignorancia”. En su opinión, a la vista del proyecto no estaba claro si existe un deber de investigar en casos en los que la información requerida no fuese fácilmente accesible o evidente y cuál sería el objeto de la misma, op. cit., p. 148. Cfr. en relación con el Derecho Suizo, WIPO, Policies, measures and experiences, op. cit., párrafo 13.

⁹⁹ G. WÜRTEMBERGER y S. FREISCHEM, op. cit., p. 148.

¹⁰⁰ Muy crítico con la falta de regulación de un deber de diligencia en relación con el *Chair's Text* en su versión revisada por el CIG como propuesta de TPIRGCT, P.H.D. BATISTA, op. cit., p. 331.

¹⁰¹ En ocasiones un mismo conocimiento tradicional es compartido o poseído por diferentes Pueblos Indígenas o Comunidades locales. Nótese que el 3.2.a) exige, expresamente, que se divulgue el nombre del Pueblo Indígena o la Comunidad local que *proporcionaron* los recursos genéticos. En relación con los conocimientos tradicionales asociados no se ha hecho precisa una Declaración concertada como la que se hizo en relación con los recursos genéticos, vid. nota 2 art. 3.1 del TPIRGCT. Cfr. no obstante las notas al art. 3 del *Chair's Text*, párrafo 6, del Sr. IAN GOSS en el que se afirma que en el contexto de los CC.TT. conexos, el apartado 3.2.b) proporciona flexibilidad por ejemplo, si el conocimiento tradicional no puede atribuirse a un único pueblo o comunidad local.

¹⁰² A la vista de las notas al art. 3 del *Chair's Text*, párrafo 6, del Sr. IAN GOSS, entre los supuestos en los que no se podría aplicar el 3.2.a) se encontrarían los casos en los que el pueblo indígena o comunidad local específicos no desean ser mencionados en la solicitud de patente. Un ejemplo de supuesto en el que se desconoce el pueblo indígena o la comunidad local sería aquel en el que el conocimiento tradicional se toma de una publicación específica que no indica el pueblo o la comunidad del que procede.

126. Finalmente, y al igual que ocurría en relación con los recursos genéticos, cuando el solicitante desconozca el Pueblo indígena o la comunidad local que proporcionaron los conocimientos tradicionales asociados o subsidiariamente la fuente de los mismos, las partes contratantes exigirán al solicitante que así lo declare en la solicitud de patente (art. 3.3 TPIRGCT). De nuevo, valen, *mutatis mutandis*, las reflexiones que en relación con el art. 3.3 se hicieron en con los recursos genéticos.

127. El art. 3.5 TPIRGCT prevé que las partes contratantes no pueden obligar a las Oficinas de patentes a verificar la autenticidad de las declaraciones del solicitante en relación con el origen de los recursos genéticos ni de los conocimientos asociados. Este artículo debe ser relacionado una vez más con los fines del TPIRGCT. Se persigue crear un sistema eficiente donde los costes del deber de divulgación como medio de apoyo a los tratados medioambientales no superen sus beneficios. Imponer a las Oficinas la carga de evaluar la veracidad de la información retrasaría los procesos de registro y aumentaría su carga de trabajo. Además, las oficinas no tienen personal experto en Derecho ambiental. Con todo, hay que tener en cuenta que otro de los fines del TPIRGCT es evitar la concesión errónea de patentes cuando no son nuevas o carecen de altura inventiva. Es evidente que las Oficinas al examinar la novedad o la altura inventiva van a comprobar de una u otra forma si la información sobre el origen suministrada por el solicitante es veraz y oportuna para sus análisis. El art. 3.5 TPIRGCT está probablemente elaborado pensando en el deber de divulgación como medio de apoyo a los tratados medioambientales.

128. Finalmente, hay que recordar que de acuerdo con el art. 4 el TPIRGCT sólo se aplicará a las solicitudes de patentes presentadas con posterioridad a su entrada en vigor.

VI. Sanciones y remedios

129. El art. 5 TPIRGCT regula el controvertido tema de las consecuencias del incumplimiento del requisito de divulgación. El debate tradicionalmente ha girado en torno a la cuestión de en qué medida el incumplimiento del deber de divulgación puede impedir la concesión de la patente o puede provocar su anulación. En general, la posibilidad de aplicar otro tipo de medidas no ha sido controvertida.

131. El art. 5 TPIRGCT establece ciertos límites que las Partes Contratantes deberán respetar al regular las sanciones y remedios para el caso de incumplimiento del deber de divulgación. Algunos de ellos son comunes para todo tipo de sanciones, tanto las anteriores a la concesión de la patente como las posteriores a este momento y otros se refieren exclusivamente a estas últimas.

132. Por lo que respecta a los límites comunes, el TPIRGCT exige que las medidas que las partes contratantes diseñen deben ser apropiadas, eficaces y proporcionadas (art. 5.1). Para evaluar si las medidas nacionales cumplen este requisito deberemos tener en cuenta los fines del TPIRGCT (art. 1) y del Derecho de patentes (promover la innovación). Otro de los límites generales es que las Partes contratantes, en caso de incumplimiento del deber de divulgación, antes de imponer una sanción u ordenar otros remedios deberán dar al solicitante la posibilidad de rectificar la falta de divulgación. No obstante, las partes contratantes pueden –es opcional– excluir la posibilidad de rectificación en aquellos casos en los que haya habido una conducta fraudulenta (art. 5.2 y 5.2 bis).

1. Anteriores a la concesión de la patente

133. El TPIRGCT no regula medidas o sanciones concretas que puedan ser impuestas antes de la concesión de la patente. En particular, no se refiere a la posibilidad de que las Oficinas de patentes suspendan la tramitación de la solicitud o la rechacen en el caso de incumplimiento del deber de divulgar del art. 3. Parece que, aunque no está prevista en el TPIRGCT, es una medida que las partes contratantes

pueden adoptar (vid. infra). De establecer esta medida, las Partes contratantes habrán de respetar el art. 5.2 y 5.2 bis TPIRGCT. De modo que antes de rechazar la solicitud de patente las Partes contratantes deben dar al solicitante la oportunidad de rectificar la falta de divulgación. Como antes explicábamos las partes contratantes pueden excluir esta posibilidad en caso de intención fraudulenta. Debe recordarse que el solicitante debe proporcionar la información prevista en el art. 3 y, en caso de desconocerla, realizar una declaración al respecto. No se le impone un deber de diligencia en la búsqueda de la información. Por otro lado, las Partes contratantes no pueden imponer a las Oficinas la obligación de verificar si la información sobre el origen que proporciona el solicitante es auténtica. De modo, que las Oficinas sólo van a comprobar que se suministre la información requerida sobre el origen o en su defecto la declaración de desconocimiento. Teniendo todas estas circunstancias parece que la posibilidad de rechazo de la solicitud de patente es apropiada, eficaz y proporcional (art. 5.1 TPIRGCT).

2. Posteriores a la concesión de la patente

134. Las partes contratantes pueden establecer medidas posteriores a la concesión de la patente para sancionar el incumplimiento del deber de divulgación (multas, publicación de la resolución que declara el incumplimiento, etc). El TPIRGCT deja en libertad a las partes para diseñar el contenido de las sanciones o medidas. Únicamente deberán respetar los límites generales ya expuestos y en caso de que establezcan la posibilidad de anular o revocar la patente, los límites que el TPIRGCT establece para este concreto tipo de medida.

135. Por lo que respecta a estos últimos límites, parece que las Partes Contratantes no están autorizadas a establecer como sanción del incumplimiento del deber de divulgación la revocación de la patente salvo en un supuesto. Así se deduce del art. 5.3 TPIRGCT interpretado *a contrario*. Según este artículo, ninguna parte contratante está autorizada a revocar o despojar de fuerza jurídica los derechos de patente conferidos basándose *solamente* en que el solicitante no ha divulgado la información especificada en el art. 3. Por lo tanto, parece que puede imponerse la sanción de la revocación para los casos en los que exista además del puro hecho del incumplimiento alguna circunstancia adicional agravante del incumplimiento. Por otro lado, el art. 5.3 prohíbe la revocación de la patente basada exclusivamente en el hecho del incumplimiento *sin perjuicio del art. 5.4*, en el que se establece que las Partes contratantes podrán establecer sanciones o remedios posteriores a la concesión cuando haya habido intención fraudulenta. De todo ello se deduce que las Partes Contratantes pueden al menos prever en sus regulaciones la sanción de la revocación para el caso de incumplimiento del deber de divulgación con *intención fraudulenta*.

136. La revocación de la patente es una de las medidas que tradicionalmente han reclamado los países partidarios de un deber de divulgación fuerte. Los principales argumentos utilizados a lo largo del tiempo contra la sanción de la revocación de la patente, son seguramente los que explican el art. 5.3.

137. En primer lugar, aumenta la incertidumbre en relación con el Derecho de patente al añadir una causa adicional de anulación y esta circunstancia puede afectar negativamente al incentivo de promover la innovación. En segundo lugar, se suele decir que la revocación no es una sanción eficiente si lo que se quiere con el requisito de la divulgación es apoyar la aplicación de los tratados medioambientales (CDB, PN, etc.) y, en particular, el reparto de beneficios derivados de la patente. La anulación de la patente comportaría que esta pasase al dominio público pudiendo ser explotada por cualquier persona. El previsible aumento de la competencia que ello comportaría reduciría los beneficios procedentes de la explotación del invento. El TPIRGCT establece en su art. 1 a) que uno de sus objetivos es aumentar la transparencia del sistema de patente creando un sistema de patentes eficaz y de calidad. La exclusión de la posibilidad de anular la patente debe relacionarse con este artículo. Así lo confirma el Sr. IAN GOSS en los comentarios al art. 6 del *Chair's Text*.

138. A mi juicio hay que hacer las siguientes reflexiones sobre el art. 5.3 y 5.4 del TPIRGCT. En primer lugar, que la posibilidad de sancionar el incumplimiento del requisito de divulgación con la revocación de la patente en los casos de intención fraudulenta aumenta considerablemente la incertidumbre en torno a la patente –por más que ésta se haya reducido– gracias al contenido limitado del deber de divulgación, la posibilidad de rectificación la falta de divulgación y obviamente la prohibición de anular la patente como regla general. Siempre existirá la posibilidad de impugnar la patente –de un manera más o menos fundamentada– e incluso de anularla, en unos casos acertadamente pero en otros infundadamente (falsos positivos).

139. En segundo lugar, aunque estoy de acuerdo con la idea de que revocar la patente puede provocar una reducción de los beneficios sin embargo no comparto la conclusión que se extrae de la misma: la exclusión en todo caso de la posibilidad de revocar la patente. A mi juicio, y hablando únicamente en un plano económico, los Estados contratantes deberían tener la libertad de establecer en sus respectivos ordenamientos la posibilidad de revocar la patente. Nadie mejor que cada Estado para valorar que es lo que les conviene. La sanción de la revocación persigue crear un incentivo para el cumplimiento del deber de divulgación. Cada Estado debería poder valorar si, en su jurisdicción, resulta más apropiado tener un incentivo “fuerte” para el cumplimiento del deber de divulgación basado en la posibilidad de revocar la patente o, por el contrario, excluir esta posibilidad como medio para preservar los beneficios y sancionar el incumplimiento de otro modo. Obviamente este sistema tiene sus defectos: no da lugar a una regulación uniforme en los diferentes Estados. Y, por otro lado, puede reducir el valor global de la patente.

140. Con todo, si bien desde un punto de vista económico puede tener sentido, desde un punto de vista legal, una norma que diese a las partes la posibilidad de anular la patente en caso de incumplimiento del deber de divulgación con carácter general sería contrario a los arts. 27 y 29 del ADPIC (vid. infra). Por tanto, si se desea que este instrumento y el TPIRGCT se apoyen mutuamente, el incumplimiento del deber de divulgación no puede acarrear la anulación de la patente, al menos mientras no se modifique el ADPIC.

141. Por último, la prohibición general de anular la patente del art. 5.3 por incumplimiento del deber de divulgación parece razonable a la luz del art. 1.b) TPIRGCT. Si es correcto que como regla general la divulgación del origen de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados no es relevante para el examen de la novedad o la altura inventiva, no tiene sentido prever la posibilidad de anular la patente como regla general por el mero hecho de incumplir este deber. Por otro lado, nada impide basándonos en el Derecho de patentes general, impugnar la patente en aquellos casos en los que además de incumplimiento del deber de divulgación exista una falta de novedad o altura inventiva y basándonos precisamente en este hecho. Y esto es suficiente para cubrir el interés general.

VII. Relación del TPIRGCT con otros acuerdos internacionales

142. El TPIRGCT debe aplicarse “de manera que se apoye mutuamente con otros instrumentos internacionales pertinentes” (art. 7) (vid., en el mismo sentido el preámbulo del TPIRGCT). Este artículo debe relacionarse con el art. 16.5 del CDB. La cuestión de si un requisito de divulgación, en general, sería compatible con el ADPIC, el PCT y el PLT es un tema controvertido sobre el que se debate desde hace muchos años. Lo que debemos plantearnos ahora es si el requisito de divulgación tal y como ha sido configurado en el TPIRGCT es compatible con los citados tratados.

143. Lo primero que hay que decir es que el TPIRGCT no configura el requisito de divulgación como un requisito material de patentabilidad. En efecto, como regla general su incumplimiento no puede dar lugar a la anulación de la patente. Que se deseaba configurar el requisito de divulgación como un requisito formal es algo que, por otro lado, se reconoce en la Declaración conjunta recogida en la nota

4 del TPIRGCT. Como consecuencia el TPIRGCT es compatible con los arts. 27 y 29 del ADPIC, que regula la materia patentable excluyendo la posibilidad de que las partes añadan nuevos requisitos.

144. En cuanto requisito de forma, según el TPIRGCT las partes contratantes pueden configurarlo de formas diferentes (art. 5). Unas podrían condicionar la adquisición del derecho de patente al cumplimiento del deber de divulgación y otros no hacerlo (por ejemplo, sancionando su incumplimiento con una sanción pecuniaria). Nos interesan ahora las primeras, es decir aquellas regulaciones que prevén que si no se cumple el deber de divulgación, la solicitud de patente pueda ser rechazada.

145. Por lo que respecta a los requisitos de forma o procedimentales a los que se condiciona la adquisición del derecho de patente, el ADPIC deja en libertad a las partes. Únicamente les exige que los trámites que puedan establecer sean conformes con el ADPIC y razonables (art. 62.1 ADPIC). El art. 62.1 ha sido interpretado en el sentido de que para que un requisito de forma sea conforme con el ADPIC implica no solo que debe ser compatible con los principios generales del mismo sino también con concretas normas, y en particular con aquellas que regulan los requisitos de patentabilidad. Los requisitos procedimentales conformes con el ADPIC y razonables serían así aquellos que ayudan a las Oficinas a evaluar los requisitos materiales de patentabilidad¹⁰³. Es decir, el ADPIC exige que los requisitos procedimentales se evalúen a la luz de los objetivos perseguidos con el mismo: el objetivo mediano, garantizar la concesión de patentes en relación con invenciones que son nuevas, impliquen actividad industrial y sean susceptibles de aplicación industrial y solo en relación con estas y el objetivo mediano de promover la innovación.

146. Si se adopta esta perspectiva, parece que el deber de divulgación regulado en el TPIRGCT y configurado como condición de adquisición del derecho de patente es *prima facie* compatible con el ADPIC. Hay que tener presente que el deber de divulgación en el TPIRGCT sirve *simultáneamente* dos finalidades: aumentar la transparencia del Derecho de patentes y *al mismo tiempo facilitar el examen de la novedad y la altura inventiva*. No es un deber con el que se persiguen exclusivamente objetivos medioambientales ajenos al Derecho de patentes *strictu sensu*. En este sentido es un requisito que habrá que cumplir durante el procedimiento de adquisición de la patente que puede relacionarse con los requisitos de patentabilidad previstos en el ADPIC y con el objetivo de promover la innovación.

147. Que un requisito de forma sea razonable significa que no es demasiado complicado o caro de cumplir¹⁰⁴. El requisito de divulgación previsto por el TPIRGCT parece razonable puesto que se impone una carga mínima al solicitante: sólo debe informar sobre el origen si lo conoce y sin que deba aportar prueba alguna de que ha cumplido con la normativa nacional de acceso a los recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados, no se le impone *a priori* un deber de diligencia, puede realizar una declaración de desconocimiento y en principio tendrá, en su caso, la oportunidad durante el proceso de rectificar la falta de divulgación en la solicitud. Con todo, hay que tener presente que, como regla general, el conocimiento del origen de los recursos genéticos –y en consecuencia el requisito de la divulgación– no es necesaria para un examen de la novedad o la altura inventiva (vid supra)¹⁰⁵. Para evaluar si la configuración del requisito de divulgación es razonable debe tenerse en cuenta esta circunstancia. Con todo, la carga que se impone al solicitante de una patente en el TPIRGCT es tan baja que parece razonable en cualquier caso.

¹⁰³ N. PIRES DE CARVALHO, Requiring disclosure of the origin of genetic resources and prior informed consent in patent applications without infringing the TRIPS Agreement: the problem and the solution, *Washington University Journal of Law & Policy*, 2, 2000, pp. 381 y 382, M. HASSEMER, Genetic resources, en S. VON LEWINSKI (ed.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property: genetic resources, traditional knowledge and folklore*, La Haya, 2004, 151-219, p. 213.

¹⁰⁴ J. BUSCHE, P.-T. STOLL, A. WIEBE, *TRIPS. Kommentar*, Colonia, 2013, p. 802.

¹⁰⁵ Con carácter general, hay que decir, que se ha comprobado que los solicitantes frecuentemente mencionan en sus solicitudes voluntariamente –es decir a pesar de que no se exige por el correspondiente ordenamiento– el origen de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados relativos a la invención. Esto ha llevado a algunos autores a concluir que la carga para un solicitante de un deber de divulgación que tenga por objeto *únicamente* el origen de los recursos es razonable o asumible y se limitaría a regularizar una práctica ya existente, D. R. DOWNES, How intellectual property could be a tool to protect traditional knowledge, *Columbia Journal of Environmental Law*, 25 (2), 253-282, p. 274, M. HASSEMER, op. cit., p. 213.

148. Por lo que respecta a las relaciones del TPIRGCT con el PCT hay que decir que este último en su artículo 27.1 establece que «ninguna legislación nacional dispondrá que la solicitud internacional cumpla, en cuanto a su forma o contenido, requisitos diferentes de los establecidos en el presente Tratado y su Reglamento, o requisitos adicionales». *Prima facie*, el art. 27.1 implica que las Partes contratante del TPIRGCT –que a su vez sean Partes del PCT– no podrían exigir el requisito de la divulgación en relación con las solicitudes internacionales de patente al no figurar en el PCT ni como requisito de forma ni de contenido de la solicitud¹⁰⁶. Si esta conclusión es correcta, la eficacia en la práctica del TPIRGCT se vería reducida debido a que hoy en día numerosas solicitudes de patentes se realizan y tramitan a través del sistema PCT, circunstancia que no puede ser minusvalorada¹⁰⁷.

149. Es cierto que el artículo 27.6 del PCT establece que “la legislación nacional podrá exigir que el solicitante aporte pruebas respecto de cualquier condición substantiva de patentabilidad que prescriba dicha legislación”. En la doctrina se ha defendido que el 27.6 no cambia las cosas. La excepción del 27.6 no se aplicaría al requisito de divulgación del TPIRGCT porque no puede considerarse o no está configurado como una condición de patentabilidad substantiva o material¹⁰⁸. Es posible que así sea y que el PCT y el TPIRGCT sean incompatibles actualmente. Con todo hay que tener en cuenta que el requisito de divulgación del TPIRGCT si bien es un requisito relativo al contenido de la solicitud de patente que hay que cumplir durante el procedimiento de obtención de la misma –un requisito de forma si se quiere– sirve como antes decíamos a dos objetivos, aportar transparencia y *evitar la concesión errónea de patentes que no son nuevas o que no conllevan actividad inventiva*. Es decir, teniendo en cuenta esta segunda finalidad es un requisito de forma relativo a las condiciones materiales de patentabilidad. Y si el art. 27.6 permite exigir en la legislación nacional «pruebas» respecto a las condiciones substantivas de patentabilidad parece que también autoriza a pedir una simple «declaración» sobre el origen del solicitante que puede ayudar a analizar la novedad y altura inventiva, por más que simultáneamente sirva de apoyo para la aplicación de tratados como el CBD.

150. La preocupación de que el PCT y el TPIRGCT puedan ser incompatibles y las implicaciones para la eficacia de este último quedan reflejadas en la Declaración concertada que figura en la nota 4 al art. 7 TPIRGCT¹⁰⁹. Según esta Declaración, las partes contratantes solicitan a la Asamblea de la Unión Internacional de Cooperación en materia de patentes que considere la necesidad de efectuar modificaciones en el Reglamento del PCT y/o sus Instrucciones Administrativas con miras a ofrecer a los solicitantes que presenten una solicitud internacional en el marco del PCT en la que se designe a un Estado Contratante del PCT que, en virtud de su legislación nacional aplicable, requiera la divulgación de recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, la posibilidad de cumplir los requisitos de forma relativos a dicho requisito de divulgación, ya sea en el momento de la presentación de la solicitud internacional, con efecto respecto de todos esos Estados Contratantes, o posteriormente, en el momento de la entrada en la fase nacional ante la Oficina de uno de esos Estados Contratantes.

151. De la respuesta que se dé a la cuestión sobre la compatibilidad entre el PCT y el TPIRGCT dependerá en buena medida la de las relaciones entre este último tratado y el PLT. El art. 6.1.i) PLT prohíbe a las partes contratantes exigir requisitos de forma o contenido diferente o adicional a los exigidos en el PCT salvo disposición en contrario.

¹⁰⁶ P.H.D. BATISTA, op. cit., p. 334 en relación con el *Chair's Text* en su versión revisada por el CIG como propuesta de TPIRGCT (2023).

¹⁰⁷ Idem.

¹⁰⁸ Idem.

¹⁰⁹ Ibidem.

Aproximación al *trade dress* y su repercusión en el ámbito internacional: especial mención a la competencia judicial internacional

Aproximation to the trade dress and its impact in the international context: special reference to the international jurisdiction

MARÍA AUXILIADORA GARCÍA GARRIDO

Abogada ejerciente

Doctoranda en la Universidad Carlos III de Madrid

Recibido: 18.01.2026 / Aceptado: 11.02.2026

DOI: 10.20318/cdt.2026.10275

Resumen: Tras estudiar la figura del *trade dress* y su origen jurisprudencial, el trabajo presta especial atención a la incertidumbre normativa que le rodea, analizando las ramas jurídicas que le son de aplicación por analogía. Se compara su tratamiento en distintos ordenamientos jurídicos y se centra en estudiar los efectos de la ausencia normativa en los procedimientos internacionales; en concreto, en la atribución de la competencia judicial internacional desde la perspectiva de la normativa y la jurisprudencia europea, destacando el Reglamento de Bruselas I bis y el Convenio de Lugano.

Palabras clave: *trade dress*, propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia, competencia judicial internacional.

Abstract: After studying the concept of trade dress and its jurisprudential origins, this research paper pays particular attention to the regulatory uncertainty surrounding it, analysing the different rules that are applicable by analogy. It compares the treatment of trade dress across different legal systems and focuses on examining the effects of the lack of specific regulation in international proceedings; in particular, on the international jurisdiction from the perspective of European legislation and case law, especially the system that states in the Brussels I bis Regulation and the Lugano Convention.

Keywords: trade dress, intellectual property, copyright, competition law and international jurisdiction.

Sumario: I. Introducción. II. El concepto de *trade dress* y sus características. III. La ausencia normativa. IV. La repercusión internacional en los conflictos del *trade dress*: especial mención a la competencia judicial internacional. 1. Vulneraciones del *trade dress* derivadas de un contrato comercial entre profesionales: la responsabilidad contractual. 2. Vulneraciones del *trade dress* ocasionadas por terceros ajenos: la responsabilidad extracontractual. A) La competencia judicial internacional en la propiedad industrial. a) La marca comunitaria. b) El diseño comunitario. c) La patente europea. d) Elementos comunes a las ramas de la propiedad industrial. B) La competencia judicial internacional en el derecho de la competencia. C) La competencia judicial internacional en la propiedad intelectual. V. Conclusiones.

I. Introducción

1. El *trade dress*, entendido como la apariencia distintiva de una marca, es un concepto que surge de la actividad comercial, como consecuencia de la necesidad de proteger aquellos aspectos que la caracteriza, y le hacen única dentro del mercado. Son elementos que forman parte de su reputación y que las llevan a adquirir cierta notoriedad, siendo objeto de imitación o prácticas comerciales destinadas a dañar su imagen y la calidad de sus productos. Al ser un bien intangible y subjetivo, existe incertidumbre sobre su protección¹.

2. Su traducción literal se interpretaría como la “vestimenta de la marca”, incluyendo aquellos detalles que, con independencia de su tamaño o estructura, crean la esencia marcario y, en torno a esa imagen en su conjunto, giraría la actividad empresarial.

Lo habitual es asociarlo con el envasado o *packaging* de los productos, ya que es lo más llamativo para el consumidor, pero incluye todo lo que constituye esa distintividad de la marca², y que la permiten identificarse³. Entre otros, se destacan la disposición de los establecimientos, el aroma, la estética de las páginas web, los escaparates, la atención al cliente, el estilo de música o el embalaje⁴.

3. La singularidad es lo que mueve a los comerciantes a actuar en el mercado y a emprender, ofreciendo al público un producto o servicio que se diferencie de los demás, para evitar la confusión con los productos de otro competidor. Dicha confusión no es el único peligro al que se enfrentan, ya que pueden concurrir determinadas situaciones en las que se desprenda claramente que el producto o servicio no pertenece a dicho signo, pero la infracción va más allá, siendo necesaria una respuesta desde el punto de vista legal⁵.

4. La ausencia de regulación del *trade dress*, salvo en algunos ordenamientos jurídicos que sí contemplan esta figura, hace que se le aplique otras vías de protección de naturaleza análoga, como son la propiedad industrial, la propiedad intelectual y el derecho de la competencia desleal. La dificultad de que la imagen comercial encaje dentro de estas áreas jurídicas, conlleva a que una posible solución, seguida por algunos juristas y algunos sectores de la jurisprudencia, sea dividir los elementos principales que lo componen, y atribuirles a cada uno de ellos un tipo de protección adecuado a sus características.

Lagunas que no tienen solo repercusión en los aspectos formales, si no que, en un mercado cada vez más globalizado y en el que la mayoría de los países se encuentran conectados, afecta a cuestiones procedimentales cuando surgen conflictos entre sujetos o bienes de distintos Estados. La libre competencia provoca que cada vez sean más las empresas que participan y que exista una preocupación mayor por ofrecer una imagen comercial diferente y llamativa.

5. Este trabajo analizará el concepto de *trade dress*, su historia y sus características; visualizando la problemática normativa que le acompaña, destacando distintas situaciones que pueden ocurrir dentro del marco jurídico internacional. Compararemos el tratamiento que le dan distintos ordenamientos jurídicos y la solución que ofrecen aquellos que no lo contemplan de forma expresa en su regulación.

¹ Pongamos de ejemplo a la diseñadora Agatha Ruiz de la Prada. Su marca se caracteriza por los colores alegres y llamativos, destacando las figuras como los corazones, las estrellas o los lunares, y estando prohibido el uso del color negro en sus diseños (<https://www.vogue.es/articulos/agatha-ruiz-de-la-prada-todo-sobre-la-marca> Consultado el 17 de diciembre de 2025). Si en una colaboración, la otra empresa ofrece un producto diseñado por la marca, pero en color negro, estaría vulnerando la apariencia distintiva de Agatha Ruiz de la Prada, y esa esencia es lo que se recoge dentro del concepto de *trade dress*.

² Vid. F. BERGER, *La apariencia distintiva (Trade dress): Un signo marcario en expansión, análisis y protección jurídica*, tesis doctoral, facultad de Derecho, Universidad de Palermo, 2008.

³ Vid. E. ORTEGA BURGOS, *Fashion Law (Derecho de la moda)*, Capítulo 12: Protección de la imagen comercial de una marca de moda, Thompson Reuters Aranzadi, 2020, pp.293-294.

⁴ Podría definirse como el: “...conjunto de cualidades que los consumidores atribuyen a una empresa y que está formada por varios elementos, los cuales convienen en atribuirle a la empresa una sólida imagen ...”. ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DE MODA, *Guía: Derecho de la moda: propiedad intelectual*, 2020, p. 27.

⁵ Vid. L. WARLOP Y J. ALBA, *Sincere Flattery: Trade-Dress Imitation and Consumer Choice*, *Journal of Consumer Psychology*, 14(1&2), 2004, p. 21.

6. Además, se estudiará una cuestión esencial que afecta a los procedimientos judiciales en los que intervienen elementos de distintos países: la competencia judicial internacional. En estos casos, el foro competente en una materia con tanta incertidumbre es un requisito procedimental relevante, a efectos de evitar que el demandante ejercite sus acciones ante un tribunal incompetente o que no guarde vinculación alguna con el objeto del procedimiento. Expondremos las normas aplicables que se encuentran en el *Reglamento (UE) n° 1215/2015 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*⁶; el *Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*⁷; y el derecho interno, así como la interpretación por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, según el área judicial en el que nos encontremos.

II. El concepto de *trade dress* y sus características

7. El *trade dress* se define como la apariencia comercial de una empresa, formada por la impresión generada en su conjunto, teniendo distintividad suficiente para cumplir con las funciones propias de las marcas, destacando, entre ellas, la determinación del origen empresarial⁸. Incluye tanto elementos relacionados con la estética del producto o servicio en sí, como de la marca en general.

8. Su concepto aparece como consecuencia de la actividad empresarial en el mercado, teniendo como base la jurisprudencia, especialmente a nivel internacional, destacando la de Estados Unidos, donde tuvo su primera aplicación desde el punto de vista judicial⁹.

9. La Oficina de Patentes y Marcas de EEUU¹⁰ recoge una aproximación a la definición de *trade dress* en el *Lanham(Trademark) Act*¹¹, englobando todo aquello que, en su conjunto, pueda identificar el origen empresarial de un producto, incluyéndose el tamaño, color, o las técnicas empresariales, teniendo la misma función que la protección marcaria¹². A pesar de que no se encuentre contemplado como un tipo de signo distintivo concreto, su regulación aparece recogida de forma residual en la sección 43 (a), relativo a distintas infracciones marcarias, tales como las designaciones falsas del origen de los productos o las descripciones y representaciones fraudulentas¹³.

El precepto recalca la responsabilidad de los que realizan algunas de las conductas mencionadas en relación a cualquier producto, servicio o su envase. Ya sea mediante el uso de cualquier palabra, término, nombre, símbolo o dispositivo (de forma individual o en su conjunto); de información falsa sobre el origen del producto o utilizada en su representación física. Siempre y cuando sea apropiado para inducir a confusión, error, engaño o asociación respecto a su origen empresarial, tanto con los productos de terceros, como con su actividad publicitaria¹⁴.

⁶ DOUE L351/1, de 20 de diciembre de 2012.

⁷ DOUE L-2007-82413, de 21 de diciembre de 2007.

⁸ N. S. TENAGLIA, *Curso Fashion Law: Sesión 1: Propiedad Intelectual-USA*, 11 de noviembre de 2025, pp. 10-11.

⁹ “El *trade dress* es, en esencia, la “imagen total y apariencia general” (*look and feel*) de un producto, o el conjunto de elementos que pueden incluir características como el tamaño, la forma, el color, o combinaciones de colores o la textura, entre otras muchas, que identifican el origen empresarial de un producto o servicio y lo diferencian de los ofrecidos por competidores.... Estos elementos no solo pueden servir como indicadores del origen empresarial de los productos o servicios de las compañías, sino que también actúan como potentes herramientas de diferenciación y posicionamiento en un mercado altamente competitivo.” Vid. I. ANTÓN JUÁREZ, *20 cuestiones clave sobre el derecho de la moda*, Aranzadi, 2024, p.162.

¹⁰ United States Patent and Trademark Office (USPTO).

¹¹ Regulado actualmente por la Ley de marcas de Estados Unidos (Trademark Law, 15 U.S.C. §§ 101 et seq.)

¹² E. WINCKEL, *Hardly a Black-and-White Matter: Analyzing the Validity and Protection of Single-Color Trademarks Within the Fashion Industry*, Vanderbilt Law Review, Vol. 66:3:1015 2013, p. 1021.

¹³ § 43 (15 U.S.C. § 1125). “False designations of origin; false description or representation”.

¹⁴ “§ 43 (15 U.S.C. § 1125). False designations of origin; false description or representation

(a) (1) Any person who, on or in connection with any goods or services, or any container for goods, uses in commerce any word, term, name, symbol, or device, or any combination thereof, or any false designation of origin, false or misleading description of fact, or false or misleading representation of fact, which— (A) is likely to cause confusion, or to cause mistake,

El perjudicado por tales conductas tendrá legitimación para ejercitar una acción civil por infracción del *trade dress*. Distinguiéndose entre los que tengan previamente registrada esa imagen comercial, y los que no estén registrados, añadiendo el requisito de que debe acreditarse la ausencia de funcionalidad¹⁵ para que pueda prosperar la reclamación.

10. El origen de dicha acción en la jurisprudencia estadounidense, surge con el caso *Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc.*, (1992)¹⁶, que supone un antes y un después en la defensa y el reconocimiento del *trade dress* como un bien jurídico protegido.

11. Taco Cabana, Inc., es titular de una cadena de restaurantes de comida mexicana que opera principalmente en Texas y Nuevo México. El primer restaurante se abrió en San Antonio en 1978, y poco a poco se fue extendiendo a nuevas ciudades, como Houston, Austin, Dallas o El Paso¹⁷.

En diciembre de 1985, Two Pesos, Inc., abrió un restaurante en Houston, con una decoración similar a la descrita por Taco Cabana Inc., y destinada para el mismo tipo de comida. Al igual que su competidor, se extendió a otras ciudades de Texas, coincidiendo ambas cadenas en Dallas y El Paso. Por ello es que, en 1987, Taco Cabana, demandó a Two Pesos, por vulneración de su *trade dress* en ejercicio de la acción contemplada en la § 43(a) del *Lanham Act*, 15 U. S. C. § 1125(a) (1982 ed.).

12. La demanda fue estimada, debiendo indemnizar Two Pesos, por los daños y perjuicios causados a Taco Cabana, al considerarse probados los siguientes extremos:

1. Taco Cabana, tenía una apariencia comercial.
2. Dicha imagen, en su conjunto, no era funcional.
3. El *trade dress* era considerado inherentemente distintivo.
4. No había adquirido *secondary meaning*¹⁸ dentro del mercado de Texas.
5. Existía riesgo de confusión en el público destinatario, al hacerse una asociación por parte de los consumidores entre la decoración y disposición de ambos restaurantes.
6. Two Pesos, había infringido intencionalmente el *trade dress* de Taco Cabana.

13. La Resolución fue recurrida tanto al *Court of Appeals*, como al Tribunal Supremo. Siendo el argumento principal del recurrente la ausencia probatoria de la distintividad adquirida por el uso del *trade dress* de Taco Cabana, alegando que quedaba excluido por la norma del *Lanham Act*. Argumento que fue desestimado en ambas instancias, y cuyo razonamiento sirvió de precedente para los futuros casos relacionados con la distintividad del *trade dress*, especialmente en lo relativo a la decoración y disposición de los establecimientos.

or to deceive as to the affiliation, connection, or association of such person with another person, or as to the origin, sponsorship, or approval of his or her goods, services, or commercial activities by another person, or (B) in commercial advertising or promotion, misrepresents the nature, characteristics, qualities, or geographic origin of his or her or another person's goods, services, or commercial activities, shall be liable in a civil action by any person who believes that he or she is or is likely to be damaged by such act.” (Texto traducido por la autora).

¹⁵ En Estados Unidos si se utiliza una marca sin haberla registrado previamente, se tiene un derecho de uso en el comercio, otorgado por el derecho consuetudinario. Aunque existe un riesgo alto por no tener una fecha cierta sobre esa marca si hay otros competidores que tienen una similar para los mismos productos registrada, pueden producirse infracciones con mayor facilidad, existiendo la probabilidad de perder la marca. (N. S. TENAGLIA, *Curso Fashion Law: Sesión 1: Propiedad Intelectual-USA*, 11 de noviembre de 2025).

¹⁶ *Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc.*, 505 U.S. 763 (1992).

¹⁷ En la Resolución, Taco Cabana Inc., describe su apariencia distintiva como un “...ambiente festivo para comer, con el interior del comedor y el patio decorados con varios objetos artesanales, colores vivos, pinturas y murales. El patio incluye áreas interiores y exteriores, pudiendo el patio interior aislarse del patio exterior mediante puertas de garaje elevables. El exterior del edificio presenta una combinación de colores festivos y vivos, utilizando pintura en la zona superior y líneas de neón. Incluye también toldos y sombrillas alegres con la misma temática.” 932 F. 2d 1113, 1117 (CA5 1991). (Texto traducido por la autora).

¹⁸ El *secondary meaning* o distintividad adquirida, es un concepto mediante el cual signos que inicialmente carecían de capacidad distintiva, se convierten en distintivos como consecuencia de su uso. Por lo tanto, se estarían protegiendo signos o elementos que inicialmente carecían de amparo. (<https://www.wipo.int/wipolex/fr/text/1142> Consultado el 18 de diciembre de 2025).

14. La cuestión judicial giraba en torno a dilucidar si, al igual que en aquellas marcas que no son lo suficientemente distintivas y que no están registradas, para la protección de la imagen comercial debía acreditarse el *secondary meaning*; y, en concreto, si podía aplicarse la § 43(a) del *Lanham Act* para el *trade dress* que fuera inherentemente distintivo.

La Sentencia parte de la premisa de que para que un signo sea protegido, es necesario que pueda distinguirse respecto de los productos y servicios de terceros y que, además, sea apropiada para determinar su origen empresarial. Siguiendo el caso de *Abercrombie & Fitch Co. v. Hunting World, Inc.*,¹⁹ entiende que las marcas se dividen en distintas categorías dependiendo de su grado de distintividad (de menor a mayor), siendo su clasificación la siguiente: genéricas, descriptivas, sugestivas, arbitrarias y de fantasía. Dependiendo de con qué tipo de marca nos encontramos, será más o menos preceptivo acreditar su distintividad, siendo las genéricas las más conflictivas, por ser aquellas que están formadas por elementos propios de su naturaleza y que, por lo tanto, no pueden ser registradas. Estos signos no son considerados inherentemente distintivos, ya que simplemente se limitan a describir un producto y no pueden quedar amparadas por la normativa.

El Tribunal Supremo, al igual que el *Court of Appeals*, consideró que la imagen comercial de Taco Cabana era inherentemente distintiva y que, por ello, no era necesario que se demostrara su *secondary meaning*. Igualmente, recalca que, la § 43(a) del *Lanham Act* establece la especificidad de que la apariencia distintiva no sea funcional para el ejercicio de dichas acciones, no haciendo mención alguna a la necesidad de acreditar la distintividad por el uso. Por lo tanto, toda aquella imagen comercial que sea inherentemente distintiva y no funcional, podrá quedar protegida por el *Lanham Act*.

15. La citada Resolución no se encuentra exenta de controversias, ya que se limita exclusivamente a definir la protección de la apariencia distintiva en relación con las acciones ejercitadas en la § 43(a), pero existen lagunas en relación a su amparo legal en los supuestos en los que se esté ejercitando otro tipo de acciones. Lo que genera conflicto en el momento de entender qué requisitos debe tener el *trade dress* para estar protegido²⁰.

16. La jurisprudencia estadounidense ha abordado esta cuestión a través de distintos casos²¹ que se han centrado en definir su concepto y determinar las características que debe cumplir para quedar a la altura normativa de otros signos distintivos. Ha ido ampliando su definición para ir adaptándolo a las nuevas necesidades y formas que surgen conforme el contexto social²².

Al principio, quedaba limitado al envoltorio y los envases de los productos (*packaging*) en sentido estricto; después, se extendió a su diseño y configuración²³, a medida que iban conociendo nuevos casos en los que se discutía elementos nuevos de la imagen comercial²⁴; o incluso al diseño interior y exterior de los restaurantes y sus colores (incluyendo elementos no contemplados en el caso de Taco Cabana)²⁵. Finalmente, se han incluido componentes²⁶, que al principio eran impensables, como el uniforme de los trabajadores, los aromas²⁷ y los sonidos relacionados con el negocio²⁸.

¹⁹ *Abercrombie & Fitch Co. v. Hunting World, Inc.*, 537 F. 2d 4, 9 (CA2 1976).

²⁰ S.C. SANDBERG, *Trade Dress; What Does it Mean?*, Franchise Law Journal, 2009, Vol. 29, No. 1 (Summer 2009), pp. 10-16, 57.

²¹ *Vid. Inwood Labs., Inc. v. Ives Labs., Inc.*, 456 U.S. 844, 850 n. 10 (1982); *Wal-Mart Stores, Inc. v. Samara Bros., Inc.*, 529 U.S. 205 (2000); y *Traffix Devices, Inc. v. Marketing Displays, Inc.*, 532 U.S. 23 (2001).

²² S.C. SANDBERG, *op.cit.*, pp. 10.

²³ Incluyéndose todos aquellos elementos gráficos o accesorios que forman parte del embalaje, como son las etiquetas, el envoltorio o el envase; y sus características físicas como la forma, la estructura, el tamaño o el color, siempre que no tenga una finalidad funcional o sea la propia de la naturaleza del producto.

²⁴ Por ejemplo, en el caso *Hartco Engineering, Inc. v. Wang's International, Inc.*, No. 04-1480 (Fed. Cir. 2005) se consideró protegido a través de la figura del *trade dress* el envase y el empaquetado de un enganche de remolque para camiones.

²⁵ *Vid. Dunkin' Donuts Franchised Restaurants, LLC et al v. D&D Donuts, Inc. et al.*

²⁶ *Vid. E. ORTEGA BURGOS, op.cit.*, pp.296-301.

²⁷ Una de las conexiones que siente el consumidor con las marcas de moda es con su olor. La mayoría utilizan ambientadores específicos en sus tiendas y perfuman sus productos, las bolsas y los envoltorios con ellos. De manera que, cuando un comprador adquiere una prenda de una determinada marca, al olerla ya la asocia a ella y por ello es una característica a proteger.

²⁸ Las canciones que suenan en los restaurantes o las tiendas guardan estrecha relación con sus productos, servicios, y el

17. A pesar de la interpretación dada en la jurisprudencia, sigue existiendo incertidumbre, ya que la concurrencia de los requisitos mencionados dependerá del caso concreto y, especialmente, del material probatorio aportado por las partes. Esta inseguridad impone la obligación a la parte demandante de aportar una gran cantidad de pruebas, y que sean sometidas a una evaluación muy rigurosa por parte del tribunal²⁹.

18. La actividad de los tribunales estadounidenses en torno al tratamiento de la apariencia distintiva se fue extendiendo a otros ordenamientos jurídicos. Su subjetividad, ha propiciado que sean los órganos judiciales los que determinen sus características y que, especialmente en los países donde no se encuentra regulado específicamente³⁰, deban fijarse unas pautas que ayuden a limitar los supuestos en los que se encuentra protegido.

Sin embargo, estos criterios no son fijos y otorgan cierta inseguridad, más aún en los países del *Civil Law*, en contraposición al sistema del *Common Law*³¹.

19. Las características fijadas por los tribunales para que pueda protegerse la imagen comercial son ³²:

1. *Distintividad*. Lo más importante para que pueda gozar de cierto amparo legal, es que sea distintiva, es decir, aporte una característica nueva que destaque respecto a otras marcas del sector. Aspecto de gran relevancia, porque es lo que va a provocar la preferencia de su consumidor. La imagen comercial *debe ser distintiva y suponer una innovación estética o decorativa*. Concepto similar al que encontramos dentro del derecho de marcas, en el que su función distintiva es lo que permite a los consumidores distinguir a la empresa en el mercado y lo que conduce a que la prefieran respecto a otras³³.

Dicha característica está íntimamente relacionada con el derecho de la competencia: el permitir que cualquier elemento pudiera pertenecer a una marca en exclusiva, daría lugar a la existencia de monopolios y a la limitación en la actividad comercial; siendo necesario que los aspectos a proteger gocen de cierta especialidad.

Para determinar si concurre este criterio, habrá que ver la apariencia en su conjunto: no podemos analizar la distintividad separando cada uno de los elementos, ya que, en sí mismo, el color de las bombillas, el orden de las mesas o el color de los muebles no son especiales, pero si se observan a nivel global pueden otorgar cierta especialidad. Por lo tanto, debe tenerse en cuenta la impresión final y de ahí su originalidad o distintividad.

público al que se dirigen: si estamos en una tienda cuyo público principal es juvenil y su ropa es moderna, como Springfield o Stradivarius, la música que sonará será acorde a este perfil concreto y englobarán canciones actuales y de cantantes que sean del gusto de los consumidores habituales. En cambio, si la marca está orientada a un perfil más clásico y formal, como Punto Roma o Cortefiel, tenderán a utilizar canciones más instrumentales o que crean una atmósfera acorde a la personalidad de los compradores. Todo ello al margen de los derechos de propiedad intelectual de los creadores de las canciones y que no guardan relación con la apariencia distintiva de la marca; actuando, más bien, como un derecho sui generis sobre una base de datos, al ser un recopilatorio original de varias canciones.

²⁹ Esta interpretación tan restrictiva por parte de los tribunales, ha conllevado al dictado de sentencias diversas en lo referente a la cuestión probatoria de los requisitos del *trade dress*. Su fundamento se basa, principalmente, en demostrar que la imagen comercial objeto del procedimiento es inherentemente distintiva o que ha adquirido el *secondary meaning*; que es apropiado para cumplir las funciones típicas de las marcas como es la determinación del origen empresarial; y que va más allá del diseño del producto. Citamos, a modo de ejemplos de la carga probatoria en los procedimientos, *Vans, Inc. v MSCHF Product Studio, Inc.*, n°22-1006 (2d Cir. 2023), *Benefits Cosmetics LLC v e.l.f Cosmetics, Inc.*, 3-23-cv00861 (NDCA 7 de julio de 2023) y *Nike, Inc., v USAPE LLC*, 1:23-cv-00660(S.D.N.Y.2023). Vid. I. ANTÓN JUÁREZ, 20 cuestiones, *op.cit.*, pp. 188-194.

³⁰ Tales como España o los países de la Unión Europea.

³¹ El sistema de Derecho civil tiene como fundamento principal la codificación de las leyes, siendo las normas jurídicas vinculantes, aplicando de forma orientativa las resoluciones de los jueces en casos anteriores. En cambio, en el sistema de Derecho Común, la jurisprudencia es la fuente principal y las Resoluciones nuevas son de obligatorio cumplimiento para los tribunales de un rango inferior. (<https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/es/caracteristicas-claves-entre-los-sistemas-de-common-law-y-derecho-civil> Consultado el 29 de octubre de 2024).

³² Vid. ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DE MODA, *op.cit.*, pp. 28-30.

³³ Vid. E. ORTEGA BURGOS, *op.cit.*, pp.41-43.

2. *Asociación con la marca o empresa.* Una vez que el conjunto forma una imagen lo suficientemente particular y característica, lo más relevante es la vinculación o asociación de esa apariencia con la marca en concreto. Esta característica está ligada a la distintividad: si no hace que el consumidor vincule la imagen comercial con la marca o su empresa, no es lo suficientemente distintiva y, por lo tanto, dificultará su protección jurídica. Este razonamiento tiene sentido, ya que es el aprovechamiento de la reputación y éxito ajenos lo que justificaría que estuviera protegido.
Su función es la misma que la protección de las obras con derechos de autor. Lo que pretende proteger es la altura creativa del autor que, además del esfuerzo intelectual de crear una obra original, ha invertido su tiempo y recursos para obtener el resultado final. Es un rasgo un tanto subjetivo y genera dudas de interpretación en su aplicación. Sin embargo, la subjetividad es un elemento propio de la propiedad intelectual e industrial y, por ende, de la imagen comercial, ya que es difícil otorgar parámetros objetivos para cuestiones abstractas, como es la sensación que provoca la imagen comercial en su conjunto, lo que justificaría la concurrencia de conductas anticompetitivas con la marca en cuestión.
3. *Público destinatario.* Debe estar diseñado para los *consumidores* de una marca concreta, que son los destinatarios finales de sus productos. El público es aquel frente al que se dirige, y gracias a que se siente identificado con esa marca, decide repetir y no cambiar su consumo a otra de la competencia. Las marcas adquieren cierta reputación y estatus dentro de un grupo concreto de personas, y esa sensación de pertenencia es lo que se protege con la apariencia distintiva.
4. *Ventaja competitiva.* Otra peculiaridad y que, desde nuestro punto de vista, es el aspecto más fácil de determinar, es la ventaja competitiva. Es decir, la obtención de beneficios suficientes en el mercado que conllevaría a una necesidad de protección. Es lo que se desprende, por ejemplo, de las marcas renombradas, aquellas cuya reputación en el mercado genera la protección de sus productos. Cuanto más prestigio tenga una marca, más fácil será demostrar que concurren los requisitos mencionados en su imagen comercial.
5. *Carácter ornamental.* Lo principal que distingue a la imagen comercial del resto de figuras de la propiedad industrial es su carácter decorativo u ornamental. Como se destaca en la jurisprudencia estadounidense, lo esencial es que no tenga carácter funcional: su especialidad radica en lo estético y no tiene facultades propias de su naturaleza. Si lo que le hace destacar es su utilidad, excederá del ámbito de la apariencia distintiva y entrará dentro del derecho de patentes³⁴.

20. No solo tiene intención de proteger a las empresas, sino también a los consumidores, ya que son los sujetos intervinientes que, como consecuencia de actos desleales como los de imitación o confusión, pueden adquirir productos pensando que tienen una procedencia cuando, en realidad, es otra, afectando a características relevantes como la calidad o el precio. Otro aspecto que ampararía, sería la inversión realizada por parte de las empresas, ya que detrás de toda apariencia distintiva hay una cantidad de recursos humanos y económicos que las empresas emplean en conseguir una imagen comercial lo suficientemente distintiva como para diferenciarse de sus competidores en el mercado, un activo que adquiere cierta relevancia en el ámbito de las franquicias, entre otros.

III. La ausencia normativa

21. Como se ha comprobado, son numerosos los países que no la contemplan en su normativa, aplicando de forma residual otras ramas jurídicas análogas a su naturaleza. Esta incertidumbre aumenta la inseguridad en su tratamiento, al depender del órgano jurisdiccional que lo esté conociendo.

³⁴ Cuando no sea fácil dilucidar si un elemento es estético o funcional, se debe analizar si sus características contribuyen a favorecer el uso o la eficiencia de un producto o servicio, o si son las propias de su naturaleza. En el supuesto de que sea meramente decorativo, podrá ser protegido mediante el *trade dress* (S.C. SANDBERG, *op.cit.*, pp. 14).

22. Un acercamiento sería tratarlo como un tipo de *propiedad industrial*³⁵, al igual que en algunos ordenamientos jurídicos que sí la regulan³⁶, destacándose el derecho marcario y el diseño industrial, ya que son los más adecuados en cuanto a su naturaleza y a su finalidad.

23. El *derecho de marcas*, tanto por sus funciones como por su durabilidad, es el que otorga, según nuestro criterio, una mejor protección a la imagen comercial. De hecho, dentro de la normativa comunitaria, en el artículo 4 del *Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre la marca de la Unión Europea (RMUE)*³⁷, se abre la posibilidad de incluir a las palabras, los nombres, dibujos, letras, cifras, colores, *formas o su embalaje* o incluso los sonidos, al especificarse que las marcas de la Unión pueden estar constituidas por cualquier signo que sea apropiado para distinguir los productos o servicios de una empresa respecto a los de otras, así como que puedan ser representados en su Registro como un objeto claro y preciso.

Podemos apreciar un acercamiento a la regulación del *trade dress* dentro del derecho de la marca de la Unión, que abre la posibilidad a su reconocimiento como un tipo de signo distintivo y que, a pesar de no encontrar amparo en las normativas nacionales, puede protegerse dentro de esta rama, siempre y cuando cumpla con los requisitos expuestos en la normativa. Siendo objeto de un análisis exhaustivo por parte de los tribunales, tanto en relación a las marcas nacionales como a las marcas comunitarias³⁸.

24. Respecto al *diseño industrial*, es una figura muy recurrente, puesto que su esencia es similar a la del *trade dress*: puramente ornamental, siendo habitual para proteger las líneas y los elementos estéticos, sobre todo en el ámbito de los envases, las formas de los productos o la apariencia de los establecimientos³⁹.

Al tener un periodo de protección más corto, permite modernizar los elementos distintivos de las marcas, ayudándoles en su adecuación al contexto social y a las nuevas necesidades. A nuestro juicio, es un medio adecuado para abarcar detalles, productos y elementos estéticos, que van a ir cambiando con el tiempo. En el supuesto de que se pretenda obtener un derecho más duradero, sería más adecuado acudir a la vía marcaria⁴⁰.

³⁵ Debemos precisar que en algunos ordenamientos jurídicos o idiomas, como en el inglés, se incluye a la propiedad industrial dentro de la figura de la propiedad intelectual, a diferencia del régimen español en el que queda limitado exclusivamente a los derechos de autor.

³⁶ Vid. La Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial de México, en cuyo artículo 172.VII y VIII, se indica que pueden constituir una marca: “La pluralidad de elementos operativos o de imagen, incluidos, entre otros, el tamaño, diseño, color, disposición de la forma, etiqueta, empaque, decoración o cualquier otro que al combinarse, distingan productos o servicios en el mercado, y VIII.- La combinación de los signos enunciados en las fracciones I a VI del presente artículo.”; o los artículos 426 y 427 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, la Creatividad y la Innovación de Ecuador, en cuya Sección I del Capítulo XI, se recoge expresamente la protección de la apariencia distintiva centrada en el ámbito de los establecimientos: “Artículo 426.- Definición.- Se entenderá por apariencia distintiva todo conjunto de colores, formas, presentaciones, estructuras y diseños característicos y particulares de un establecimiento de comercio o de un producto en el mercado, siempre que sean aptos para distinguirlo en la presentación de servicios o venta de productos; Artículo 427.- Adquisición y ejercicio de las apariencias distintivas.- Las apariencias distintivas se adquirirán y ejercerán derechos de forma idéntica a las marcas, siempre y cuando hayan adquirido una aptitud distintiva en el mercado ecuatoriano, de conformidad con el reglamento respectivo, o sean inherentemente distintivas.”.

³⁷ DOUE L 154/1 de 16 junio 2017.

³⁸ Ejemplos de Resoluciones denegatorias de la protección, destacamos la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia portugués, 12 febrero 2008, Lacose Sotinto Tinta e Vernizes, Sociedade Unipessoal, Lda. v Fábrica de Tintas Neuce, Lda., en el Caso nº 07ª4618; la Sentencia de la Corte Suprema di Cassazione (Sección 1ª) nº 30455 de 22 de septiembre de 2022, en el caso Hermès. Vid. I. ANTÓN JUÁREZ, 20 cuestiones, op.cit., pp.178-186; y la Sentencia de la Cour de Cassation nº11-20.724, de 30 de mayo de 2012. En contraposición, como resultado favorable destacamos la Sentencia del Tribunal de grande instance de Paris nº 09/09066 de 7 de enero de 2011. Vid. A.M AGNIESZKA, French Cour de cassation invalidates Louboutin's red sole mark, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2013, Vol. 8, No. 2, pp. 105-107.

³⁹ El diseño industrial, junto al derecho marcario, es una de las vías más apropiadas para proteger el *trade dress* dentro de la jurisprudencia nacional y europea, ya sea en su vertiente de derecho interno, como diseño comunitario o como diseño comunitario no registrado. Vid. I. ANTÓN JUÁREZ, 20 cuestiones, op.cit., pp. 164-165.

⁴⁰ Las marcas quedan protegidas en periodos de diez años, renovables de forma indefinida por el mismo plazo, y los diseños se protegen en plazos de cinco años, renovables hasta un máximo de veinticinco años. Esto permite variar en los diseños de aquellos sectores que son más cíclicos o que están dirigidos a consumidores que no suelen adquirir de forma ocasional los mismos productos.

25. Por otro lado, el *derecho de patentes* podríamos calificarlo como el camino menos idóneo para la apariencia distintiva, puesto que, normalmente, no suele ser aplicable salvo determinados casos.

Las patentes otorgan a los titulares de las invenciones un derecho exclusivo sobre las mismas, que impiden que terceros puedan utilizarlas para obtener ventajas económicas sin su consentimiento. Dichas creaciones se escapan del ámbito de protección de las marcas o diseños industriales, salvo en aquellos casos en los que, dentro de la estrategia empresarial, encajan dentro de cada figura para proteger un aspecto diferente.

26. Otra perspectiva sería proteger el *trade dress* dentro de la esfera del *derecho de la competencia*⁴¹, especialmente frente aquellos actos calificados como anticompetitivos, siendo en la práctica la forma más habitual, ya que es combinable con otras figuras como son las marcas o el diseño industrial.

Puede parecer a priori la forma más óptima de asegurar la apariencia distintiva. Su finalidad última es la protección del mercado y crear un espacio transparente y competitivo para los agentes intervinientes, por lo que, normalmente, tiene una interpretación restrictiva para evitar monopolios o trabas en el comercio⁴². Dentro de todos los actos que recoge, los que tienen mayor aplicación dentro del *trade dress* son los actos de confusión y de imitación, relacionados, en la mayoría de las ocasiones con el aprovechamiento de la reputación ajena y la ventaja económica desleal⁴³.

27. Por último, se contempla la protección conferida por la *propiedad intelectual*, cuando entre dentro del concepto de obra protegible⁴⁴. Desde esta percepción, la obra protegible consistiría en la suma de aportaciones creativas que, en su conjunto, crean la imagen comercial de la marca⁴⁵, con independencia de la protección que pudieran tener de forma independiente.

28. La importancia de la regulación del *trade dress* radica en la indefensión causada a sus titulares, al existir un vacío legal que puede propiciar la práctica de conductas anticompetitivas sin que haya una normativa al respecto. Desde nuestro punto de vista, es un componente más que debe estar sujeto a un criterio concreto, a efectos de evitar una inseguridad jurídica que desincentive la actividad comercial.

29. Al ser una figura tan abstracta, no cabe una interpretación restrictiva, ya que existen ocasiones en que debe ser estudiada desde un punto de vista flexible y elegir la vía que más conviene a la empresa según la finalidad buscada.

Por ejemplo, habrá aspectos en los que sea más interesante aplicar los derechos de autor, por gozar de una originalidad suficiente que le permita ser considerado como una obra; y en otros, como la disposición de una tienda, será más conveniente aplicar el derecho de marcas y registrarlo como marca tridimensional. Otro aspecto relevante en la decisión, es la duración de la protección, empleando la figura del diseño industrial para aquello que requiera un menor periodo, o las marcas para una garantía ilimitada en el tiempo.

⁴¹ Siendo de aplicación desde el punto de vista comunitario el Reglamento (CE) N° 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, DOUE L-2003-80001 de 4 enero 2003; y desde la perspectiva nacional la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD), BOE núm.10, de 11 enero 1991; la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) BOE núm.159, de 4 julio 2007; la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales (LSE) BOE núm. 45, de 21 febrero 2019; y el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC) BOE núm. 50, de 27 febrero 2008, entre otros.

⁴² Ejemplos resoluciones sobre la apariencia distintiva y el derecho de la competencia, son STS n°450/2015, 2 septiembre 2015, ECLI:ES:TS:2015:4245;y SAP Córdoba (Sección 1ª) n°453/2017, de 14 julio 2017, ECLI:ES:APCO:2017:666.

⁴³ Vid. E. ORTEGA BURGOS, F.J. GARCÍA PÉREZ e I. ANTÓN JUÁREZ, *Tratado de Derecho de la Moda (Fashion Law)*, Aranzadi, 2022, pp.271-288.Vid. I. ANTÓN JUÁREZ, *20 cuestiones, op.cit.*, pp. 170-173.

⁴⁴ Vid. Sentencia de la Corte Suprema di Cassazione n°8433, de 30 abril 2020. I. ANTÓN JUÁREZ, *20 cuestiones, op.cit.*, pp. 185-186.

⁴⁵ Vid. E. ORTEGA BURGOS, F.J. GARCÍA PÉREZ e I. ANTÓN JUÁREZ, *op.cit.*, pp.309-311.

30. Algunos prefieren empezar desde cero⁴⁶ y, antes de encasillar el objeto de protección en un sector u otro, estudiar los hechos del caso concreto para ver si nos encontramos ante un supuesto de propiedad industrial o intelectual, y, una vez determinado, ya aplicaríamos al *trade dress* su regulación concreta. En cambio, entendemos que esta solución también es insatisfactoria, ya que seguirían existiendo lagunas al desconocer qué normativa se aplicaría.

31. Desde nuestra perspectiva, lo más cercano a una solución sería determinar qué protección singular se le podría dar a cada uno de los componentes de la imagen comercial, según su naturaleza. A continuación, se han seleccionado algunos de los elementos más representativos de la apariencia distintiva para mostrar la normativa que se les aplicaría en caso de conflicto⁴⁷:

1. *Establecimientos*. Tal y como recogió el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Apple⁴⁸, podrán protegerse como marca tridimensional, siempre y cuando sea representativa de dicho establecimiento, y cumpla con los requisitos propios del derecho de marcas, sin perjuicio de la protección que se confiera a sus productos de forma particular. Otra opción podría ser a través del diseño industrial, protegiendo de forma más precisa su forma y volumen. Dependiendo de su originalidad, podría ampararse en los derechos de autor los planos arquitectónicos relacionados con la marca en sí, así como la decoración. Otros aspectos a proteger puede ser la disposición lumínica, el uniforme de los empleados o los colores de la marca.
2. *Página web*. Debido al auge de las tecnologías, las empresas se han visto obligadas a ampliar sus fronteras y abarcar la opción del servicio de compra *online*, lo que hace que la estética de sus páginas webs cobren relevancia dentro de la imagen comercial y sean otro aspecto a proteger. Normalmente, se diseñan acorde a las tiendas físicas e imagen de la marca, por lo tanto, quedará protegida siempre y cuando sea lo suficientemente distintiva u original. Este aspecto cobra mayor relevancia en las marcas que operan exclusivamente en formato digital o mixto, ya que la experiencia de compra del consumidor va a ser en su mayor medida a través de dicha página.
3. *Etiquetado, bolsas y embalaje*. La presentación de los productos son otro de los aspectos que provocan la distinción entre las marcas. La forma del empaquetado, las etiquetas o incluso las bolsas pueden quedar protegidas por la propiedad intelectual, el diseño industrial o incluso a través de la marca figurativa. Las etiquetas, especialmente, son uno de los criterios determinantes en los supuestos de actos de imitación o confusión, ya que se utilizaría una es-

⁴⁶ Vid. M.A LEMLEY Y M.P McKENNA, *Trademark Spaces and Trademark Law's Secret Step Zero*, Stanford Law Review vol.75, January 2023, p.6.

⁴⁷ E. ORTEGA BURGOS, *op.cit.* pp. 296-301.

⁴⁸ Vid. STJUE 10 julio 2014, *Apple*, C-421/13, ECLI:EU:C:2014:2070. En dicho procedimiento, se discutía si la marca tridimensional que pretendía registrar la entidad Apple Inc, consistente en un dibujo representativo de la disposición de sus tiendas, para los servicios correspondientes a la clase 35 de la clasificación de Niza (aquellos servicios relativos al comercio al por menor de ordenadores, programas informáticos, telefonía, elementos electrónicos así como demostración de sus productos y accesorios), entraba dentro de la interpretación de los artículos 2 y 3 de la Directiva 2008/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas DOUE-L-2008-82230 de 8 noviembre 2008; o, por el contrario, incumplía los requisitos y no se podía proceder a su registro.

La *Deutsches Patent- und Markenamt* (la Oficina de patentes y marcas de Alemania) consideraba que el establecimiento de la empresa Apple no era lo suficientemente distintivo como para ser protegido como marca, consistiendo únicamente en el espacio dónde realizaba su actividad comercial. No siendo suficiente para que los consumidores identificaran el origen de sus productos simplemente observando la disposición.

Entiende el Tribunal que un espacio de venta puede ser amparado por la normativa marcaria si cumple los requisitos contemplados en artículo 2 de la Directiva (*un signo susceptible de representación gráfica, apropiado para poder distinguir los productos o servicios de una determinada empresa respecto a otras*) pudiendo proteger el servicio para el que se registra; siendo fundamental la conexión que hace el público entre el establecimiento y la empresa. También aprecia que los criterios que deben cumplir las autoridades para decidir sobre el posible registro de una marca deben ser los mismos que para este tipo de espacios y para cualquier otro tipo de signo, no incluyéndose los productos que se comercializan por estar sujetos a una protección independiente.

tética que genera la impresión de que se está comprando productos de una marca, engañando al consumidor⁴⁹.

Es de los elementos más protegidos dentro de la imagen comercial, ya que las escasas referencias que aparecen en la normativa, tanto a nivel nacional, como europeo o internacional, aceptan las etiquetas, la forma de los envases o el embalaje como bien jurídico protegido⁵⁰.

4. *Experiencia de compra*. Abarcaría todos aquellos servicios que acompañan al cliente desde el inicio de la compra hasta el final, incluyendo prestaciones o asistencias orientadas al público concreto que se busca. Si es lo suficientemente diferente y original, podría protegerse por ayudar a crear la apariencia de la marca, haciendo que el público repita y la consuma habitualmente⁵¹.
5. *Perfil del cliente*. Hay marcas que también protegen la imagen del cliente en sí. Crean un perfil de consumidor adecuado a los principios que persigue o a la calidad de sus productos. Es lo que sucede, por ejemplo, con el bolso Birkin de Hermès, el cual no puede ser adquirido fácilmente en una tienda como otros productos de la misma marca, se impone distintos requisitos que deben cumplir los consumidores para demostrar que “cumplen” con las expectativas⁵². Decisión que puede afectar a la contratación de *influencers* o modelos como imagen publicitaria, ya que se seleccionan a personas que comparten el estilo o la forma de vida de la marca.
6. *Vestimenta de los trabajadores*. Normalmente, los empleados llevan uniforme o ropa de la propia marca, con la finalidad de que la clientela lo vea puesto en otra persona y así influenciar en su decisión de compra. Tanto la vestimenta como el maquillaje, peinados o accesorios que llevan los trabajadores forman parte de la apariencia que las marcas quieren tener, por lo que sería un elemento más a tener en cuenta, siempre que sea lo suficientemente distintivo u original como para otorgarle una protección concreta.

⁴⁹ La copia de los envases o del embalaje de los productos es una práctica muy común en el mercado, especialmente cuando se pretende imitar otras marcas y se ofrecen los productos a un precio notablemente inferior, con la consecutiva reducción de la calidad. En este aspecto cobra protagonismo la normativa de competencia desleal, que protege frente a los actos de imitación, asociación o aprovechamiento de la reputación ajena, entre otros. Dentro de la jurisprudencia española, destacamos la SAP Alicante (Sección 8ª) nº 367/2019, 18 febrero 2019, ECLI:ES:APA:2019:367. El objeto del procedimiento recaía en la similitud entre la representación de las bebidas alcohólicas “Sota de bastos” y “Beefeater” con la consecutiva vulneración de la segunda marca, así como actos de confusión y aprovechamiento de reputación ajena, especialmente al ser considerada “Beefeater” como una marca renombrada.

La Sentencia comparó ambos signos, y encontró las siguientes coincidencias: “...en primer lugar, de carácter conceptual (guardia de un edificio emblemático de la ciudad con el fondo de un emplazamiento famoso de la ciudad, llevando un arma en la mano derecha y mirando hacia el mismo lado); estructural (la distribución de los cuadros con leyendas, las rayas que configuran la etiqueta, el tipo y color de las letras); visual (el impacto que produce el conjunto de los elementos coincidentes del signo empleado por la demandada en el público destinatario evoca a las MUE’s de ALLIED sin que desvirtúe esa evocación la existencia de elementos puntuales no coincidentes por irrelevantes)...”

Además, también existía parasitismo al pretender llamar la atención del consumidor, aprovechándose de la fama y reputación de “Beefeater” para obtener beneficios, especialmente, al ofrecer un precio más reducido para inducir a su elección.

⁵⁰ Véase las referencias dentro del Reglamento (UE) nº 2017/1001 Del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017 sobre la marca de la Unión Europea, DOUE L 154/1, de 16 junio 2017, en cuyo artículo 4, relativo a los signos protegidos, se indica que “...podrán constituir marcas de la Unión cualesquiera signos, en particular, las palabras, incluidos los nombres de personas, los dibujos, las letras, las cifras, los colores, la forma del producto o de su embalaje, o los sonidos...” o incluso en el apartado 3 del artículo 9, que regula los derechos conferidos por la marca de la Unión, en concreto la prohibición de colocar el signo registrado en los productos o su embalaje; ofrecer los productos, comercializarlos, ofrecer o prestar servicios con el signo; y utilizarlo en los documentos mercantiles y en la publicidad.

⁵¹ Consideramos que la experiencia de compra es un activo importante para las empresas, ya que es la calidad y la garantía del servicio lo que genera cierta reputación y prestigio en el mercado. Destacamos al respecto la STJUE 23 febrero 1999, BMW, C-63/97, en la cual el dueño de un taller de vehículos especializado en la venta de automóviles de ocasión hacía un uso no autorizado de la marca BMW, al publicitarse para reparaciones y mantenimiento de los vehículos de dicha marca sin tener un contrato de distribución con la misma y, además, sin contar con su consentimiento para publicitarse como tal. Debido a que el público podía percibir que los servicios que prestaba estaba destinado a los productos de BMW, entraba dentro del concepto de uso y, por lo tanto, su titular podía prohibir que se continuara empleando en la publicidad del taller sin su consentimiento.

⁵² <https://www.harpersbazaar.com/es/moda/noticias-moda/a43639135/bolso-hermes-birkin-lujo-millones-historia-verdad/> (consultado el 10 de marzo de 2025).

Como se desprende, son múltiples las respuestas aplicables a resolver los conflictos relacionados con la imagen comercial de las marcas. La globalización y la extensión de los mercados ha propiciado la presencia de nuevos signos en países externos, lo que dificulta el control de las vulneraciones o, incluso, la adaptación de las marcas a la normativa concreta, generando nuevos interrogantes en cuanto a su protección.

32. La incertidumbre normativa se agrava en los supuestos en los que, interviniendo sujetos o elementos de distintos Estados, surgen litigios y su subjetividad afecta a cuestiones procesales como son la competencia internacional, la normativa a aplicar o en qué Estado se va a ejecutar la Resolución dictada.

33. A continuación, se va a analizar una cuestión que afecta a la protección del *trade dress* desde una perspectiva de derecho internacional privado: qué tribunal es competente para conocer de un procedimiento en el que intervienen sujetos o elementos de distintos Estados, y qué sucede cuando el vínculo es difuso y existen dudas sobre su interpretación.

IV. La repercusión internacional en los conflictos del *trade dress*: especial mención a la competencia judicial internacional

34. Si la normativa a aplicar dentro del derecho interno de cada Estado es controvertida, la determinación de la competencia judicial no se encuentra exenta de conflictos cuando, especialmente, nos encontramos con que la infracción ha afectado al territorio de varios países. Una materia muy común en un mercado globalizado, especialmente en lo concerniente a las franquicias y a las marcas que se encuentran actualmente en expansión.

35. Todo ello agravado por el carácter territorial⁵³ que tienen los derechos de propiedad intelectual e industrial, ya que son unas facultades que son reconocidas en un territorio concreto y a tenor de las peculiaridades de su normativa interna. Esa especialidad hace que sus titulares tengan limitadas sus facultades al entorno nacional, dificultando su defensa en los supuestos en los que se vean involucrados con otros ordenamientos jurídicos que añaden requisitos adicionales o no reconocen los mismos derechos, como es el caso de las marcas olfativas⁵⁴.

36. Elegir el tribunal donde ejercitar las acciones por vulneración de la apariencia distintiva de las marcas se convierte en una necesidad, para evitar interponer la demanda ante un juzgado sin competencia y tener que volver a presentarla ante el que corresponda con el consecutivo riesgo de la prescripción o caducidad de los plazos procesales y la dilación del procedimiento.

37. El objeto de las normas de competencia judicial internacional es determinar si los tribunales de un Estado son o no competentes para conocer de un asunto o litigio internacional. Desde la perspectiva de los jueces nacionales, este tipo de normas tienen facultades de atribución, en la medida en que sirven para atribuirles competencia sobre una parte de los litigios internacionales. Dichas reglas escogen uno de los elementos de la relación privada internacional y le atribuyen competencia al órgano judicial que tiene conexión con ellos.

⁵³ Vid. I. L. MARTÍNEZ, *Vulneración de marcas de la Unión Europea en Internet y derecho internacional privado*, Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2020), Vol. 12, N° 2, pp. 1062-1063.

⁵⁴ Las marcas olfativas son un tipo de signo distintivo que protegen los olores, aromas o fragancias vinculados a una empresa concreta. Es una cuestión controvertida, ya que solo es reconocida como tal en algunos Estados, siempre y cuando cumpla con los requisitos para ser registrada (carácter distintivo suficiente para determinar el origen empresarial del producto o servicio) y no esté incluida dentro de las prohibiciones de registro (especialmente cuando es un aroma relacionado con la propia naturaleza del producto o con la actividad comercial de la empresa). De hecho, 20 de 72 Oficinas de Registro miembros de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) admiten su registro, no existiendo la posibilidad en el resto de países. (Documento SCT/16/2 de 1 de septiembre de 2006 preparado por la Secretaría de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, de 1 de septiembre de 2006, sobre los nuevos tipos de marcas, a solicitud de la Decimosexta sesión del Comité Permanente sobre el Derecho de Marcas, Diseños Industriales e Indicaciones Geográficas celebrada en Ginebra, entre el 28 de noviembre y 2 de diciembre de 2005).

38. La norma fundamental en el ámbito europeo⁵⁵ para determinar la competencia judicial internacional en materia mercantil⁵⁶, la encontramos en el *Reglamento (UE) n° 1215/2015 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (Reglamento Bruselas I bis – en adelante, RB I bis)⁵⁷ complementándose con el *Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de 21 de diciembre de 2007* (Convenio de Lugano – en adelante, CL)⁵⁸. En el cual se distingue una serie de preceptos que determinan la competencia entre países miembros⁵⁹: foro general, foros exclusivos, foros especiales dependiendo de la materia y las normas de sumisión expresa y tácita⁶⁰.

39. El Reglamento establece un *foro general*⁶¹, que se aplica de forma residual para cuando no sea de aplicación uno de carácter especial. Según su artículo 4, la competencia judicial internacional recaerá en el tribunal del domicilio del demandado, con independencia de su nacionalidad. Se considera un foro genérico, ya que delimita la competencia con independencia de la materia o el fondo del asunto, recayendo en el derecho interno de cada Estado las normas sobre los domicilios de sus ciudadanos⁶².

40. Sin embargo, dentro de los artículos 7 RB I bis y 5 CL, se desglosan una serie de materias, dentro de las cuales se establece la posibilidad de demandar ante un Estado distinto al domicilio del demandado, por la vinculación que presentan con dicho territorio, siendo consideradas como *foros especiales*. De las materias descritas, destacamos las siguientes por estar relacionadas con el *trade dress*:

1. *Materia contractual*. Corresponde conocer de las materias contractuales, al órgano jurisdiccional del lugar en el que deba cumplirse la obligación fundamento de la demanda, se haya o no cumplido. Entendiéndose como tal el Estado miembro donde deben entregarse las

⁵⁵ Cuando sean de aplicación las normas de derecho internacional privado europeo, a pesar de que sea un juez nacional el que conozca del procedimiento, deberá aplicar la normativa europea a todas las cuestiones que surjan como consecuencia del mismo y solo aplicará el derecho interno cuando venga establecido como tal. El hecho de que un tribunal tenga la competencia judicial internacional no conlleva a que sean sus leyes internas las que van a resolver del conflicto, si no que deberá poner en práctica las normas de determinación de la ley aplicable y, finalmente, actuará y decidirá conforme a la ley designada, ya sea la suya propia o una extranjera. Su finalidad es aportar a las partes la información necesaria para que conozcan de antemano qué tribunal conocerá de sus conflictos, sin que deban buscar en el derecho interno de cada país. *Vid.* A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOA GONZÁLEZ Y C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Tratado de derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp.218 y 253.

⁵⁶ Sin perjuicio de la aplicación de normas de competencia especiales, como sucede en los supuestos de la marca europea.

⁵⁷ Los cuatro ámbitos de aplicación del RB I bis, son: espacial (se les aplica a las autoridades y a los tribunales de los Estados miembros), temporal (a todas las demandas que se interpongan a partir del 10 de enero de 2015), material (litigios civiles y mercantiles con elementos extranjeros, con independencia del lugar de residencia o nacionalidad de las partes. Lo que hace que sea de aplicación el Reglamento, es la concurrencia de algún elemento relacionado con el litigio que tenga repercusión transfronteriza y que afecte a varios Estados) y personal (se aplicará atendiendo a los criterios establecidos en sus normas de competencia, dependiendo del tipo de foro en el que nos encontremos y el elemento que sirve de vínculo con ese territorio). *Vid.* I. ANTÓN JUÁREZ, *20 cuestiones*, op.cit.,p.502-503.

⁵⁸ El Convenio de Lugano es un acuerdo de cooperación internacional entre los países de la Unión Europea, Dinamarca, Noruega, Suiza e Islandia, extendiendo lo dispuesto en el Reglamento de Bruselas I bis cuando intervienen alguno de los Estados mencionados.

⁵⁹ Los foros de la sumisión expresa o tácita y los foros especiales, además de la competencia judicial internacional, también determinan la competencia territorial, sin que sea necesario acudir a las normas procesales internas. *Vid.* I. ANTÓN JUÁREZ, *20 cuestiones*, op.cit.,p.502.

⁶⁰ Cuando el conflicto esté relacionado con un tercer Estado que no sea miembro de ningún Convenio o Acuerdo, las normas de competencia internacional recaerán en el derecho interno de cada país. En el caso de España, en materia civil y mercantil serán de aplicación de los artículos 21 a 22 nonies de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE núm. 157, de 2 julio 1985.

⁶¹ Siendo su correlativo el artículo 2 CL.

⁶² En España, según los artículos 40 y 41 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 julio 1889, se considera domicilio de las personas naturales el del lugar de su residencia habitual o donde establezca la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 7, de 8 enero 2000; y de las personas jurídicas aquel que se establezca en los estatutos sociales o, por defecto, donde esté establecida su representación legal o ejerza sus funciones principales, es decir, donde tengan su sede social, donde ejerzan su actividad o, subsidiariamente, donde tengan algún establecimiento abierto al público.

mercancías según el contrato, en los casos de compraventa de mercaderías, y donde deban prestarse los servicios, en los supuestos de prestaciones de servicios.

2. *Materia delictual o cuasidelictual*. Será competente el tribunal del lugar donde se haya producido, o se pueda producir, el hecho dañoso. Dentro de este tipo de acciones se incluyen aquellas que tengan como finalidad la reparación del daño, la cesación de la conducta infractora, la reclamación de la indemnización que correspondiese o la exoneración de responsabilidad extracontractual⁶³.

41. Respecto a *las competencias exclusivas* (arts. 24 RB I bis y 22 CL), cuya aplicación es más amplia que la de los foros especiales⁶⁴, las que pueden tener incidencia en la apariencia distintiva, especialmente por el uso de la propiedad industrial como medio de protección, son las siguientes⁶⁵:

1. *Materia registral*. En los supuestos de validez de las inscripciones registrales, conocerán del procedimiento los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde se encuentre el registro.
2. *Materia de inscripciones y validez de la propiedad industrial*. La competencia en los procedimientos relativos a las inscripciones o la validez de las patentes, marcas, diseños industriales, dibujos o modelos, o derechos de análoga naturaleza, recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado donde se haya solicitado, registrado o depositado. Sin perjuicio de la competencia de la Oficina Europea de Patentes según el Convenio sobre la Patente Europea⁶⁶, los órganos jurisdiccionales de cada Estado miembro serán los únicos competentes en materia de registro o validez de una patente europea expedida para dicho Estado miembro.

42. Dentro de los foros expuestos, el Reglamento permite que las partes acuerden someterse a un órgano jurisdiccional concreto (*sumisión expresa*) para los conflictos que hayan surgido o que puedan surgir, con independencia de su domicilio, convirtiéndose en un tipo de competencia exclusiva⁶⁷. Estos acuerdos deberán cumplir con los requisitos de los artículos 25 RB I bis y 23 CL, es decir, deberán celebrarse por escrito o de forma verbal, con una confirmación escrita; en una forma que sea habitual para ambas partes o conforme a los usos y costumbres del comercio, siempre y cuando sea una materia de comercio internacional, adecuándose al sector concreto.

43. Respecto a la *sumisión tácita* de los artículos 26 RB I bis y 24 CL, se permite la competencia de aquel Estado ante el cual haya comparecido el demandado, salvo que la finalidad sea impugnar la competencia o sea alguna de las materias exclusivas de los artículos 24 RB I bis y 22 CL. Por lo tanto, si el demandante interpone la demanda ante un determinado Estado y el demandado comparece y contesta, sin que sea para interponer la declinatoria, se le atribuirá competencia a esos tribunales a pesar de que, siguiendo las normas de competencia ordinarias, no le hubiera correspondido conocer del litigio.

⁶³ “En este contexto, procede recordar que la expresión «lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso» no puede interpretarse de una manera extensiva hasta el punto de englobar cualquier lugar donde puedan experimentarse las consecuencias perjudiciales de un hecho que haya causado ya un daño efectivamente sobrevenido en otro lugar...”

Sólo en el supuesto de que las demás circunstancias particulares del asunto contribuyan también a atribuir la competencia al tribunal del lugar donde se haya materializado un daño meramente económico, ese daño podría permitir al demandante, de manera justificada, interponer la demanda ante dicho tribunal...” Vid. STJUE 16 junio 2016, *Universal Music International Holding BV*, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449.

⁶⁴ Son de cumplimiento obligatorio, por lo que primarán frente al resto de foros.

⁶⁵ Ambos foros responden a cuestiones de coherencia y buen funcionamiento, puesto que los órganos judiciales del registro donde se haya inscrito el derecho, o donde se haya depositado, van a ser mejores conocedores de cualquier elemento formal y técnico, que los tribunales de otro Estado miembro. Las acciones sobre las que recae la exclusividad de la competencia, serán solo aquellas que estén relacionadas con las inscripciones, su validez, y la de los bienes registrados. Vid. A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOA GONZÁLEZ Y C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *op.cit.*, pp.3732-3733.

⁶⁶ Firmado en Múnich el 5 de octubre de 1973.

⁶⁷ Exceptuándose aquellos acuerdos que sean contrarios al derecho del Estado miembro donde se hayan sometido las partes, conllevando a su nulidad y que sea de aplicación lo dispuesto en el Reglamento de Bruselas I bis o en el Convenio de Lugano, según sea de aplicación.

44. Como podemos apreciar, a lo largo del articulado se exponen distintas situaciones jurídicas en las que pueden concurrir más de un elemento de conexión, estableciendo la competencia de distintos territorios, quedando a la elección del demandante ante qué tribunales acudir, es lo que se denomina “*Forum Shopping*”⁶⁸. Esta figura se da cuando las partes ejercitan sus acciones ante el tribunal que consideran que les va a proporcionar una solución más beneficiosa, ya sea por la ley aplicable tanto al objeto del procedimiento como desde la perspectiva procesal.

45. La jurisprudencia del TJUE intenta aportar una interpretación restrictiva de los elementos de conexión que tienen naturaleza difusa, como puede ser el del domicilio del demandado cuando sea una persona jurídica, o el criterio aplicado para entender cuál es el lugar del hecho dañoso, si el de su origen o el de sus consecuencias. Lo relevante es que exista una vinculación entre el Estado que va a conocer del procedimiento y el litigio, para fomentar el buen funcionamiento de la administración de justicia.

46. Asimismo, puede ocurrir a la inversa y que los particulares no encuentren en las normas de competencia un tribunal para conocer del asunto, creándose la figura del “*foro de necesidad*”⁶⁹ para impedir la indefensión del demandante⁷⁰.

47. Para determinar la competencia judicial internacional de los conflictos que estén relacionados con la imagen comercial, debemos distinguir cuatro esferas dependiendo de la relación comercial entre las partes: si se produce dentro de un contrato comercial entre profesionales; si el conflicto es con consumidores de los productos y servicios; si es con terceros ajenos a una relación contractual; y si es con las Oficinas de Registro de los Estados miembros relacionado con la validez y nulidad de los signos⁷¹.

1. Vulneraciones del *trade dress* derivadas de un contrato comercial entre profesionales: la responsabilidad contractual

48. Las relaciones dentro del mercado suelen estar sujetas en la práctica a contratos con cláusulas muy estrictas, que estipulan cualquier detalle y aspecto relacionado con las obligaciones y derechos de las partes.

Dentro de las condiciones, se indica la forma en la que deben ofrecerse los productos y servicios⁷², especialmente en lo relacionado con las franquicias y los contratos de distribución⁷³, por lo que detalles

⁶⁸ Vid. A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ Y C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *op.cit.*, pp.119-120.

⁶⁹ El foro de necesidad permite que un Estado miembro “habilite” a sus tribunales para conocer de un litigio que carece de foro concreto.

⁷⁰ Vid A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ Y C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *op.cit.*, p.324.

⁷¹ En el presente trabajo nos centraremos en los litigios que surjan dentro de una relación contractual con otro profesional, y en los ocasionados por terceros ajenos a un contrato, ya que son los escenarios donde más se produce la infracción del *trade dress* en cuanto a su protección. Entrando los conflictos con los consumidores dentro de la esfera del derecho del consumo y no en materia de propiedad intelectual o industrial; así como los problemas con las Oficinas de Registro dentro de cuestiones administrativas y formales.

⁷² Al margen de la cuestión de fondo sobre si vulneran o no tales obligaciones el derecho de la competencia y de si consideró el TJUE de que se vulneraba la imagen de la marca (que excedería del tema del presente trabajo), citamos a modo de ejemplo de condiciones contractuales que afectan al *trade dress* de las marcas: la prohibición inicial de Dior France de que la distribuidora de cosmética Evora BV comercializara sus productos de lujo y los publicitara junto a otros productos que no se consideran de lujo (STJUE 4 noviembre 1997, *Evora BV*, C-337/95, ECLI:EU:C:1997:517); la prohibición de venta online de los productos de la empresa farmacéutica Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (STJUE 13 octubre 2011, *Pierre Fabre*, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649); y la exigencia de ciertas características estéticas que debían cumplir los distribuidores para la venta física y online de los productos de la entidad Coty Germany GmbH (STJUE 6 diciembre 2017, *Coty*, C-230-16, ECLI:EU:C:2017:941). Vid. M. GARCÍA GARRIDO, *Los sistemas de distribución selectiva en la cosmética y perfumería*, Actualidad Profesional, Newsletter e-Dictum nº158, Octubre 2025.

⁷³ Características que adquieren relevancia en algunos sectores, como en la industria de la cosmética y la perfumería, especialmente en las marcas de lujo, cuyo activo principal es el prestigio. Para conseguir cierta exclusividad en su imagen comercial, las marcas optan por los sistemas de distribución selectiva, incluyendo una serie de características que deben cumplir los distribuidores para comercializar sus productos o servicios, suponiendo su incumplimiento una vulneración del *trade dress* de esas marcas. *Ibidem*.

como la decoración de los establecimientos, la disposición de las tiendas, la música, los colores, la asistencia al cliente o la decoración, adquieren importancia, y deben especificarse para evitar infracciones⁷⁴.

49. Según los artículos 7.1 RB I bis y 5.1 CL, en materia contractual serán competentes los tribunales del lugar donde deba cumplirse la obligación. Por lo que, si alguna de las partes incumple el contrato y las condiciones expuestas sobre cualquier elemento relacionado con la apariencia distintiva, será competente donde tenga el establecimiento que ofrece el producto o servicio, interpretándose los contratos de distribución como una prestación de servicios⁷⁵.

50. Lo que a priori puede parecer una solución “fácil”, se complica cuando no existe un lugar físico donde cumplir con los contratos. Con el auge de las tecnologías, las empresas se han visto en la necesidad de modernizarse y adaptarse al contexto económico y social, surgiendo nuevas entidades que carecen de tiendas o establecimientos físicos⁷⁶. Sin embargo, también pueden infringir la imagen comercial de las marcas, según la publicidad o la forma en la que comercializan los productos.

51. En los contratos comerciales es habitual incluir una cláusula de sumisión expresa⁷⁷ (también conocida como “*cláusula de elección de foro o de jurisdicción*”)⁷⁸, más aún cuando la actividad comercial va a afectar a varios Estados. Lo más común es elegir someterse a los tribunales de un país neutro, que es indiferente a ambas partes, para que se encuentren en una posición equilibrada; o incluir la competencia de uno de sus territorios, a cambio de alguna ventaja contractual⁷⁹. La intención es evitar la inseguridad jurídica en aquellos casos en los que serían competentes más de un Estado, provocando que el procedimiento recaiga en los tribunales de un territorio que, o bien perjudicaría al demandado (por ser el demandante el que elegiría al interponer la demanda), o que no tengan vínculo alguno ni con las partes, ni con su relación jurídica⁸⁰.

52. Si no se opta por esta opción, se podrá acudir al domicilio del demandado (correspondiendo al domicilio social cuando la acción sea contra una persona jurídica) o a cualquier establecimiento donde ejerza la actividad, con independencia de si está disponible para los consumidores o no, como es el caso de los centros logísticos y de distribución de las mercancías, por entenderse que es el lugar donde se está cumpliendo con la obligación contractual⁸¹. Todo ello sin perjuicio de la aceptación por parte del demandado del tribunal elegido por el demandante en los casos de la aceptación tácita mencionados.

⁷⁴ <https://enriqueortegaburgos.com/trade-dress-y-franquicia/>. Consultado el 30 diciembre 2025.

⁷⁵ Vid. I. ANTÓN JUÁREZ, 20 cuestiones, op.cit., p.522.

⁷⁶ Véase, por ejemplo, el aumento de *Marketplaces* (plataformas de distribución online de productos), como son Amazon, Zalando o AliExpress; o tiendas que actúan exclusivamente online como Shein.

⁷⁷ Sin perjuicio de las normas específicas para la sumisión expresa y tácita que se encuentra en la legislación especial de propiedad industrial y que se analizarán en el apartado siguiente.

⁷⁸ <https://almacenederecho.org/competencia-judicial-internacional-autonomia-la-voluntad>. Consultado el 2 de enero de 2026.

⁷⁹ Los requisitos que deben cumplir las cláusulas de sumisión expresa en materia contractual son objeto de estudio en la jurisprudencia europea, especialmente con el incremento de los contratos *online* y el uso de condiciones generales de la contratación. Destacamos la STJUE 24 noviembre 2022, *Tilman*, C-358/21, ECLI:EU:C:2022:923, en la cual se respondió a la cuestión prejudicial planteada por las partes, sobre la validez de una cláusula de sumisión expresa incluida en unas condiciones generales de contratación y sobre si era suficiente la inclusión del hipervínculo de las cláusulas para entender que era conforme al artículo 23 CL, debiendo ser aceptadas marcando una casilla en la página web, y si podía entenderse que el consentimiento era válido.

El TJUE entendió que dicha cláusula era válida, siempre y cuando la cláusula se encuentre por escrito en las condiciones generales, se le remita a la otra parte a través de un enlace que descargue el contenido del contrato o que le reconduzca a donde se pueda leer e imprimir el contenido; siempre y cuando sea antes de la firma del contrato, y no se obligue a la otra parte a aceptar las condiciones marcando la casilla.

⁸⁰ <https://almacenederecho.org/competencia-judicial-internacional-autonomia-la-voluntad>. Consultado el 2 de enero de 2026.

⁸¹ Siguiendo el ejemplo de Zalando, su domicilio social se encuentra en Berlín, pero en España actúa a través de un centro de logística gestionado por la entidad DHL Supply Chain Iberia, situado en Illescas (Toledo). <https://www.dhl.com/es-es/home/prensa/archivo-de-prensa/2020/dhl-gestionara-el-primer-centro-logistico-de-zalando-en-espana.html#:~:text=DHL%20GESTIONAR%C3%81%20EL%20PRIMER%20CENTRO%20LOG%C3%8DSTICO%20DE,a%20sus%20clientes%20espa%C3%B1oles%20en%201%2D1%2C5%20d%C3%ADas>. Consultado el 2 de enero de 2026.

2. Vulneraciones del *trade dress* ocasionadas por terceros ajenos: la responsabilidad extracontractual

53. La posibilidad de acudir a distintos foros queda limitada cuando la infracción es realizada por terceros ajenos y no está vinculada a ninguna relación contractual. Dentro de estos supuestos entrarían también aquellos casos en los que, habiendo una vinculación contractual entre las partes, se vulnera la apariencia distintiva al margen del mismo y no invocándose como base de la acción ejercitada.

54. Con independencia del foro general del domicilio del demandado, cuando se lesione la imagen comercial, para conocer de la infracción, como consecuencia de la incertidumbre normativa, se debe tener en consideración que existen distintas perspectivas dependiendo de la normativa a la que pretenda acudir para proteger el *trade dress*⁸²: la propiedad industrial, la propiedad intelectual o el derecho de la competencia⁸³.

El bien jurídico protegido en todos esos ámbitos, es un bien intangible e inmaterial que impide que podamos atribuirle la competencia al lugar donde se encuentra situado, como sucedería en los conflictos con los derechos reales inmobiliarios⁸⁴. Lo que supone una dificultad añadida para determinar la competencia judicial internacional⁸⁵.

A) La competencia judicial internacional en la propiedad industrial

55. Respecto a la normativa especial, encontramos ciertas particularidades dentro de las figuras que tienen repercusión unitaria, como es el supuesto de la marca comunitaria, el diseño comunitario o la patente europea.

a) La marca comunitaria

56. En materia de *marca comunitaria* el artículo 122 RMUE estipula que, para aquellos procedimientos en materia de marcas de la Unión y de sus solicitudes, será de aplicación las normas comunitarias relativas a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, haciendo una remisión indirecta al RB I bis⁸⁶.

57. Sin embargo, se realizan una serie de exclusiones y modificaciones, sobre las acciones relativas a la vulneración y la validez de la marca comunitaria:

1. No serán de aplicación las normas sobre el foro general del demandado, con independencia de que esté o no domiciliado en un Estado miembro (arts. 4 y 6 RB I bis); la competencia especial del artículo 7 RBI bis relativa a la materia contractual; materia delictual o cuaside-

⁸² Se excluye la competencia para determinar la titularidad de dichos derechos. Debido a que el RB I bis no atribuye unas reglas al respecto, debe acudirse a las normas de Derecho Internacional Privado de cada Estado. En España, aplicaríamos el artículo 22 c) y d) LOPJ. Vid. A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ Y C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *op.cit.*, p.3734.

⁸³ Para armonizar el tratamiento a nivel internacional de la protección de los derechos de propiedad industrial e intelectual, algunos Estados forman parte del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC o TRIPS (*"Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights Including Trade in Counterfeit Goods"*)). Dicho texto tiene la finalidad de aumentar la protección de esos derechos, en aquellos países donde gozan de menos garantías y aporta soluciones unitarias que regulen las diferencias entre los distintos ordenamientos jurídicos, en especial en aquellos donde se producen una mayor cantidad de infracciones. *Ibidem*. pp.3726-3728.

⁸⁴ Artículo 24.1 RB I bis (correlativo al art.22.1 CL): *"I) en materia de derechos reales inmobiliarios y de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde el inmueble se halle sito."*

⁸⁵ Vid. I. L. MARTÍNEZ, *op.cit.*, pp. 1063-1064.

⁸⁶ Como toda norma especial, será preferente la aplicación del RMUE frente a las normas del RB I bis, que adquieren un carácter subsidiario para todo aquello que no sea contemplado en su articulado, primando la competencia objetiva y excluyente del tribunal de marcas europeo, frente a los tribunales mercantiles ordinarios. Vid. I. ANTÓN JUÁREZ, *Reutilización de productos textiles vs. Infracción de un derecho de marca. Estrategias materiales y de litigación transfronteriza*, Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2024), Vol. 16, Nº 1, p.83.

lictual; acciones por daños y perjuicios vinculadas con un procedimiento penal; y litigios relacionados con la explotación de sucursales, agencias o establecimientos; ni la competencia sobre medidas provisionales y cautelares del artículo 35 RBI bis.

2. Se limita la opción de sumisión expresa y tácita, salvo que acuerden las partes someterse a otro tribunal de marcas de la Unión Europea, o comparezca el demandado ante otro tribunal de marcas de la Unión Europea.
3. Se extiende las normas de competencia del RB I bis a los que tengan un establecimiento en un Estado miembro, aunque no estén domiciliados en él.

58. El artículo 124 RMUE atribuye la competencia exclusiva de los tribunales de marcas de la Unión Europea en materia de violación del signo y su validez⁸⁷, estableciendo el artículo 125 una serie de foros, en los que se atribuye la competencia judicial internacional siguiendo el siguiente orden⁸⁸:

1. Partiendo de la premisa de que las partes tienen la facultad de decidir someterse al tribunal de marca la Unión Europea según las normas de la *sumisión expresa y tácita* expuestas en el RB I bis, cumpliendo con los requisitos formales que se estipula en la normativa general; lo primero que debe comprobar un tribunal para decidir sobre su competencia, es ver si concurre alguna de ellas.
2. Si no existe acuerdo entre las partes, deberá acudir al siguiente criterio del artículo 125 RMUE: el *domicilio del demandado*⁸⁹; o, si éste no está dentro de un país de la Unión Europea, donde tenga un *establecimiento*⁹⁰, siempre y cuando sea en un país comunitario.
3. Subsidiariamente, si el demandado tampoco tuviera su domicilio en un Estado miembro, serían competentes los tribunales del *domicilio del demandante* o, en su defecto, donde tenga un *establecimiento*; o el foro correspondiente a la sede de la Oficina. Todo ello con la finalidad de encontrar un vínculo con un Estado comunitario para evitar que un tercer país ajeno a la normativa europea conozca de su infracción fuera del territorio.
4. Por último, se establece la posibilidad de que el demandante ejerza sus acciones ante los tribunales del lugar donde se cometió la *infracción* de la marca comunitaria. En esta última opción, solo podrán conocer de los daños que se han producido dentro de dicho territorio⁹¹. Este foro actúa como alternativa respecto al general del domicilio del demandado, siempre y cuando no entre a valorar sobre la inexistencia de la infracción⁹².

⁸⁷ Artículo 124 RMUE: “Los tribunales de marcas de la Unión Europea tendrán competencia exclusiva: a) para cualquier acción por violación y —si la legislación nacional la admite— por intento de violación de una marca de la Unión; b) para las acciones de comprobación de inexistencia de violación si la legislación nacional las admite; c) para cualquier acción entablada a raíz de hechos contemplados en el artículo 11, apartado 2; d) para las demandas de reconversión por caducidad o por nulidad de la marca de la Unión contempladas en el artículo 128.”

⁸⁸ Vid. I. ANTÓN JUÁREZ, *Reutilización*, op.cit., pp. 85-90.

⁸⁹ Se sigue el mismo criterio que en el RB I bis: donde tenga el demandado su residencia habitual siguiendo la normativa interna de cada Estado o, si es una persona jurídica, donde se esté situado su domicilio social, su sede estatutaria, su administración central o su centro de actividad principal. *Ibidem*. p.87.

⁹⁰ Con independencia de en si dicho establecimiento realiza habitualmente su actividad profesional o guarda relación con la vulneración de la marca europea. *Idem*.

⁹¹ La elección del órgano judicial del lugar de la infracción debe hacerse en función del lugar donde su autor haya tenido una conducta más activa, entendiéndose que es donde ha repercutido en mayor medida su comportamiento. En el mismo sentido, la STJUE 5 de junio 2014, *Coty Germany*, C-360/12, ECLI:EU:C:2014:1318, expone: “Por tanto, el vínculo de conexión establecido por esta disposición se refiere al territorio del Estado miembro en el que se ha producido el hecho que originó o amenazó con originar la violación alegada, y no al territorio del Estado miembro en el que la mencionada violación produce efectos.”

⁹² Vid. STJUE 27 abril 2023, *Länmen*, C-104/22, ECLI:EU:C:2023:343. En dicha Resolución, el Tribunal de Justicia expone las posibilidades que tiene el demandante para elegir ante qué tribunales ejercitar sus acciones por el uso no consentido de una marca comunitaria en Internet, mediante su uso como publicidad; así como las repercusiones sobre el fondo que tendría en aplicación de las normas de competencia internacional del RMUE. La Sentencia hace alusión a la posibilidad de acudir ante el domicilio del demandado en virtud del art. 125.1 RMUE, conociendo el tribunal de las lesiones que se hayan cometido en cualquier Estado; o acudir al Estado donde se ha cometido la infracción de la marca, a tenor del artículo 125.5 RMUE, restringiéndose a conocer de los daños que se hayan producido en dicho territorio. Por lo que el demandante, en función de la estrategia procesal que quiera seguir, elegirá el Estado ante el cual ejercitar las acciones.

59. Al igual que el foro en materia delictual o cuasidelictual del artículo 7.2 RB I bis, el “*lugar de la infracción*” de la marca comunitaria es un concepto que ha sido objeto de interpretación por parte de la jurisprudencia del TJUE, especialmente cuando se ha llevado a cabo a través de internet. Dentro de estos supuestos, siguiendo la postura expuesta en el caso *Lännen*, el Tribunal europeo sigue dos criterios⁹³: el de la “*accesibilidad*” para las lesiones de las marcas nacionales⁹⁴; y el de las “*actividades dirigidas*” cuando tengan por objeto las marcas comunitarias⁹⁵.

b) El diseño comunitario

60. Respecto al diseño comunitario, el *Reglamento (CE) n° 6/2002 del Consejo, de 12 de diciembre de 2001, sobre los dibujos y modelos comunitarios*⁹⁶(RDMC), presenta un sistema análogo al del RMUE⁹⁷:

1. En el artículo 80 RDMC se establece la competencia exclusiva de tribunales especializados⁹⁸ que conozcan de los procedimientos judiciales relacionados con las materias expuestas en su artículo 81⁹⁹.
2. Estableciéndose la competencia judicial internacional en el artículo 82 RDMC, en el siguiente orden: el Estado miembro del *domicilio del demandado* o donde tuviera un *establecimiento*; en su defecto, el Estado miembro del *domicilio del demandante* o de su *establecimiento*; si no, ante aquel donde tenga su sede la *Oficina de registro*; y, si se ejercen acciones relativas a la infracción de los derechos y su indemnización, se pueden presentar ante el Estado miembro del *lugar donde se cometió la infracción*¹⁰⁰.

61. Dentro de este último supuesto, el demandante solo podrá reclamar los daños y perjuicios que hayan ocurrido dentro de dicho territorio. En cambio, si se opta por el Estado donde radica la Oficina o el domicilio del demandado, el tribunal podrá conocer de todos los perjuicios causados sin la limitación territorial expuesta.

c) La patente europea

62. Si se optara por la vía de la *patente europea* para proteger algún elemento de la apariencia

⁹³ Vid. J. GIORDIANO, *El criterio de “las actividades dirigidas” en la determinación de la competencia judicial internacional en materia de infracción de marcas de la Unión: la STJUE C-104/22 Lännen MCE*, REEI, núm. 46, diciembre 2023, pp.371-387.

⁹⁴ Mediante el cual será competente el tribunal del Estado cuyos usuarios puedan acceder al contenido objeto de la infracción. *Ibidem.* p.373.

⁹⁵ Atribuyendo la competencia al tribunal del país al que esté dirigido la actividad infractora. Vid. STJUE 27 abril 2023, *Lännen*, *op.cit.*; y STJUE 5 septiembre 2019, *AMS Neve Ltd.*, C-172/18, ECLI:EU:C:2019:674.

⁹⁶ DOUE-L-2002-80006 de 5 enero 2002.

⁹⁷ Vid. V. JIMÉNEZ SERRANÍA, *Caso Nintendo: ¿evolución o involución en la protección del diseño comunitario? Comentario de la sentencia de 27 de septiembre de 2017, asuntos acumulados C-24/16 y C-25/16*, Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2019), Vol. 11, N° 2, pp. 652-665.

⁹⁸ En España los tribunales especializados en materia de marcas comunitarias son los mismos que para los litigios de los diseños comunitarios: los juzgados de lo mercantil de Alicante y, en segunda instancia, la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante.

⁹⁹ Artículo 81 – competencia en materia de infracciones, de nulidad: “*Los tribunales de dibujos y modelos comunitarios tendrán competencia exclusiva: a) sobre las acciones por infracción y, si están contempladas en la legislación nacional, sobre las acciones por posible infracción de dibujos y modelos comunitarios; b) sobre las acciones de declaración de inexistencia de infracción con relación a dibujos y modelos comunitarios, si están contempladas en la legislación nacional; c) sobre las acciones de declaración de nulidad de un dibujo o modelo comunitario no registrado; d) sobre las demandas de reconvención para la declaración de nulidad de un dibujo o modelo comunitario interpuestas a raíz de las demandas contempladas en la letra a)*”.

¹⁰⁰ Al igual que en la marca comunitaria, estos foros se aplicarán en los casos en los que no exista ninguna cláusula de sumisión expresa, o en los que no se aplique la sumisión tácita.

distintiva, el *Acuerdo sobre un tribunal unificado de patentes (2013/C 175/01)*¹⁰¹ (ATUP)¹⁰² en su artículo 31 se remite al RB I bis y al Convenio de Lugano para la atribución de la competencia judicial internacional. Estableciendo en su artículo 32 una serie de competencias exclusivas de las que debe conocer el Tribunal Unificado de Patentes (dividido en Divisiones), destacándose las acciones por vulneración de la patente y de sus certificados complementarios; las de reclamación por los daños y perjuicios causados por vulneración de los derechos provisionales del titular por la solicitud; o de las licencias de explotación de la patente europea, así como de su indemnización. Permitiendo que los tribunales nacionales conozcan de las acciones sobre patentes y certificados complementarios de protección que sean competencia exclusiva del tribunal.

63. El artículo 33 ATUP, establece las siguientes normas de atribución de la competencia internacional¹⁰³:

1. Conocerán la División local o regional del Estado miembro donde se haya producido o se pueda producir la *lesión de los derechos*; o el Estado miembro donde el *demandado tenga su residencia o su centro de actividad*, sea o no el principal. Remitiéndose a la División central cuando no tenga dicho Estado ninguna División local o no pertenezca a una División regional.
2. Se limita la sumisión expresa a la División que las partes acuerden, incluyéndose a la central, por lo que no podrá conocer otro tribunal.

d) Elementos comunes a las ramas de la propiedad industrial

64. Cuando la lesión afecte a elementos protegidos por el derecho nacional, en criterios generales y si no existe ningún supuesto de sumisión expresa o tácita, lo que tienen en común todas sus figuras es que el foro que más se ajusta a la naturaleza de las infracciones, con independencia del foro general, sería la competencia especial de los artículos 7 RB I bis y 5 CL en *materia delictual o cuasidelictual*, siendo competente los tribunales del *lugar de comisión del daño* con independencia de que se haya o no producido.

Concepto sujeto a interpretaciones, ya que abre la posibilidad de entenderlo como el lugar donde el tercero ha cometido la infracción¹⁰⁴, donde se encuentra el elemento protegido registrado, especialmente cuando entran en conflicto distintos tipos de signos, como sería el caso de un derecho nacional y un derecho europeo, o son lesiones que se producen *online*¹⁰⁵.

B) La competencia judicial internacional en el derecho de la competencia

65. Otra opción que tiene repercusión en el plano internacional de la imagen comercial, es el *derecho de la competencia*. Al margen de las cláusulas de sumisión cuando existe un contrato entre las

¹⁰¹ DOUE C 175/1 de 20 junio 2013.

¹⁰² Acuerdo que establece un tribunal común para resolver los procedimientos que estén relacionados con las patentes europeas y las patentes europeas con efecto unitario. Vincula a los países miembros de la Unión Europea que participen en el mismo, no siendo de aplicación en España. <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/unified-patent-court-agreement.html>. Consultado el 5 de enero de 2026.

¹⁰³ Destacamos aquellos apartados relacionados con los conflictos con terceros por vulneración de la apariencia distintiva de las marcas.

¹⁰⁴ Dentro de este último concepto, en relación a las infracciones realizadas en el ámbito de las páginas web, se admitiría como lugar de comisión del daño cuando la lesión se ha producido como consecuencia de una actividad publicitaria, el territorio donde se encuentran los consumidores a los que iba dirigido dicho material, conocido como la *“tesis de la actividad dirigida”*. Todo ello al margen de las acciones de derecho de consumo que correspondan. Vid. I. L. MARTÍNEZ, *op.cit.*, pp. 1067.

¹⁰⁵ Cuando nos encontremos dentro de figuras protegidas por el derecho nacional (y no se encuentren dentro de la normativa comunitaria) corresponderá conocer al tribunal donde dicho signo ha sido registrado, ya que es donde la jurisprudencia entiende que es el lugar donde se ha producido el daño, especialmente al ser un Estado que reconoce dicho derecho. Razonamiento que ofrece mayores garantías para el titular perjudicado, puesto que cuando acude ante una Oficina de Registro nacional, es porque pretende que goce de protección en esa zona territorial, si no optaría por la figura comunitaria (Vid. STJUE 5 septiembre 2019, *AMS Neve Ltd., op.cit.*). *Ibidem.* pp. 1064. Vid. STJUE 19 abril 2012, *Wintersteiger AG*, C-523/10, ECLI:EU:C:2012:220.

partes, se pueden acudir a los órganos judiciales de distintos Estados, dependiendo de la “estrategia” que se pretenda seguir: acudir a la competencia genérica del domicilio del demandado, o a un foro concreto para los actos desleales¹⁰⁶:

1. Aplicando los mencionados artículos 4 RB I bis y 2 CL, podrá ejercitarse una acción por competencia desleal en el *domicilio del demandado*, entendiéndose como tal donde tenga su sede o establecimiento, permitiendo que el demandante pueda optar por presentar la demanda ante los tribunales del país donde tenga una sucursal¹⁰⁷, siempre y cuando cumpla con los requisitos acordados por la jurisprudencia europea¹⁰⁸.
2. La alternativa es acudir a la competencia específica en *materia delictual o cuasidelictual* de los artículos 7 RB I bis y 5 CL, y atribuir la competencia a los tribunales del lugar donde se ha cometido el hecho dañoso¹⁰⁹, permitiéndose ejercitar las acciones en el lugar donde produce efectos¹¹⁰, debido a la dificultad de determinar el origen de los daños en un ámbito globalizado como es el mercado internacional¹¹¹.

C) La competencia judicial internacional en la propiedad intelectual

66. Por último, cuando el ámbito de protección al que se ha acudido es la *propiedad intelectual* y se hayan infringido los *derechos patrimoniales* de un autor sobre su obra, en ausencia de una norma específica que regule este tipo de procedimientos, la competencia judicial internacional recaerá, a elección del demandante, y sin perjuicio de la existencia de cláusulas de sumisión expresa, en los tribunales del *domicilio del demandado* o el *lugar del hecho dañoso*¹¹², incluyéndose aquel donde ha tenido su origen, o donde se han producido sus efectos¹¹³.

¹⁰⁶ Vid. A.E. MENÉNDEZ, *Competencia judicial internacional respecto de actos desleales con los competidores*, Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2018), Vol. 10, N° 2, pp. 276-305.

¹⁰⁷ Con independencia de que sean de aplicación las normas extranjeras de otro Estado.

¹⁰⁸ El Tribunal de Justicia en su STJUE 5 julio 2018, *fly-Lithuanian Airlines*, C-27/17, ECLI:EU:C:2018:533, p.7, desglosa los requisitos que deben cumplir las sucursales para entender que su explotación guarda relación con un determinado Estado miembro: “...procede recordar que el Tribunal de Justicia ha identificado dos criterios que determinan si una acción judicial relativa a la explotación de una sucursal tiene conexión con un Estado miembro. En primer lugar, el concepto de «sucursal» implica la existencia de un centro de operaciones que se manifiesta de forma duradera hacia el exterior como la prolongación de una casa matriz. Ese centro debe estar dotado de una dirección y de un equipamiento material de manera que pueda negociar con terceros y estos no tengan que dirigirse directamente a la casa matriz. En segundo lugar, el litigio debe referirse bien a actos relativos a la explotación de una sucursal, bien a obligaciones contraídas por esta en nombre de la casa matriz, cuando esas obligaciones deban cumplirse en el Estado en que se encuentre dicha sucursal”.

¹⁰⁹ Incluyéndose dentro del concepto el lugar donde se firmó el acuerdo donde se encontraban las prácticas anticompetitivas. *Ibidem* p.5.

¹¹⁰ Entendiendo como tal el mercado afectado por las prácticas desleales o el centro de actividad principal del perjudicado.

¹¹¹ Según STJUE 5 de junio 2014, *Coty Germany*, *op.cit.*, el demandante en un procedimiento de competencia desleal podrá acudir ante los tribunales del domicilio del demandado, o ante los del lugar del daño. La Resolución impide que un Estado conozca de las conductas anticompetitivas que se han realizado en otro país, por lo que interpreta que la normativa permite o bien reclamar todos los daños y perjuicios de tales conductas que se hayan cometido acudiendo al criterio general; o acudir ante los tribunales del territorio que se haya visto afectado por la competencia desleal, el cual solo conocerá de los daños de su territorio concreto para evitar indefensión o juzgar en materia de otro tribunal competente.

¹¹² M.I. ASENSIO, *Territorialidad de los derechos de autor y mercado único digital*, Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2020), Vol. 12, N° 2, pp. 349-371.

¹¹³ Concepto sujeto a interpretación restrictiva para evitar abusos en la elección del foro. Como decidió el Tribunal Supremo en la STS n°310/2025, de 26 febrero 2025, ECLI:ES:TS:2025:735, lo relevante es atribuir la competencia a un Estado que tenga cierta vinculación con el objeto del procedimiento, especialmente cuando se aplica un criterio tan amplio, como es el del lugar del hecho dañoso. En la citada Resolución, el Tribunal Supremo, aplicando sus reglas de DIPr internas (art. 22.3 LOPJ) y relacionándolas con las normas europeas y la jurisprudencia del TJUE, interpretó que no eran competentes los tribunales españoles para conocer de la vulneración de los derechos de autor de la titular, debido a que, a pesar de que su centro de intereses principales y su residencia habitual estaban en España, correspondía a los tribunales de Qatar, al haber ocurrido el hecho causal del daño allí y, además, la materialización del daño.

67. En cambio, cuando se hayan lesionado los *derechos morales* del autor, la solución no es tan clara, tanto para determinar el lugar del daño causado, como para decidir si se encuentra o no protegido. La jurisprudencia interna le da un tratamiento similar a los derechos de la personalidad, dándole la opción al titular de acudir al lugar de su domicilio o al centro de sus intereses principales, por entender que es o bien el lugar donde ha surgido el proceso creativo, o donde va a tener los principales efectos su lesión¹¹⁴.

68. No encontramos una doctrina unitaria por parte del Tribunal de Justicia europeo, en cuanto a la competencia de los derechos morales. Lo más cercano a la decisión de nuestro Tribunal Supremo en la STS nº310/2025, de 26 febrero 2025 en el tratamiento de los derechos de la personalidad y en la interpretación del lugar donde se produce el daño, lo encontramos en la STJUE de 25 de octubre de 2011¹¹⁵, conocido como el *caso eDate*.

69. En dicha Resolución, se entiende que la norma especial relativa al lugar donde se ha producido el hecho dañoso, y que excluye al foro general del domicilio del demandado, debe interpretarse de manera que la competencia se atribuya a los tribunales del Estado donde tenga una mayor conexión con el hecho causante, y ello por motivos de “buena administración de la justicia y de una sustanciación adecuada del proceso”¹¹⁶.

70. El Tribunal estima que el demandante puede acogerse tanto al criterio del lugar origen del daño, como donde han tenido efectos sus consecuencias para interponer su demanda.

71. En los conflictos en los que no haya una certeza clara sobre el origen, o el lugar de la consecuencia del daño¹¹⁷, se entiende que el tribunal del lugar donde la víctima tiene su centro de intereses, va a ser el más adecuado, puesto que es donde más repercusión va a tener la lesión a sus derechos, ya sea donde tenga su residencia habitual o, si ejerce una actividad profesional, donde tenga un establecimiento.

72. Otra opción es acudir al domicilio del causante del daño, el lugar donde tenga un establecimiento, para exigir la totalidad de la responsabilidad por los daños, por ser el lugar causal del daño. Si el demandante optara por acudir a otro Estado donde se ha sufrido el daño pero no corresponde a ninguno de los mencionados, solo podrá reclamar los daños ocurridos en dicho territorio¹¹⁸. Criterio similar que

¹¹⁴ “33. La razón por la que esa asimilación es posible creemos que radica en la similitud de los derechos morales de autor con los derechos de la personalidad en cuanto a la dificultad de situar en el espacio su infracción a efectos de determinar donde se manifiesta el daño. Es razonable situar esa manifestación del daño en el lugar en el que el proceso creativo ha tenido lugar y en el que, a su vez, tienen protección los derechos supuestamente infringidos.

“34. Ello nos lleva a considerar que es razonable aplicar nuestra norma interna en sintonía con la doctrina establecida en la Sentencia del Tribunal Europeo de 25 de octubre de 2011 (casos *eDate* y *Martínez*), al estimar que es la que mejor se acomoda a la naturaleza de los derechos objeto del presente proceso. En suma, estimamos que el concepto “hecho ocurrido en territorio español” incluye el supuesto de que el daño se haya “manifestado en nuestro territorio”. Y a su vez, este último concepto, cuando está referido a los derechos morales de autor, permite situar como lugar de manifestación del daño el territorio español, porque es en el mismo donde se produce una doble circunstancia:

“i) Aquí tienen protección los derechos que se afirman infringidos.

“ii) Y también en nuestro territorio se produjo el proceso creativo que dio lugar al nacimiento de esos derechos, por ser el lugar en el que desarrolla la actora su actividad creativa.” *Ibidem*. pp.12-13.

¹¹⁵ STJUE de 25 de octubre de 2011, *eDate*, C509/09 y C161/10, ECLI:EU:C:2011:685.

¹¹⁶ *Ibidem* p.5.

¹¹⁷ Como cuando el daño se ha producido a través de una página web, al igual que en el caso en cuestión. El acceso desde distintos puntos al contenido online dificulta la determinación del lugar donde se ocasiona el daño, y ese es el objeto de estudio en la Sentencia del caso *eDate*.

¹¹⁸ “...en caso de que se alegue una lesión de los derechos de la personalidad mediante el contenido publicado en un sitio de Internet, la persona que se considera lesionada puede ejercitar una acción de responsabilidad por la totalidad del daño causado, bien ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del lugar de establecimiento del emisor de esos contenidos, bien ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se encuentra su centro de intereses. Esa persona puede también, en vez de ejercitar una acción de responsabilidad por la totalidad del daño causado, ejercitar su acción ante

se sigue en los derechos patrimoniales, cuando hayan sido causados a través de internet, para evitar la indefensión del demandado¹¹⁹.

73. Se debe destacar que los derechos de autor se caracterizan por su territorialidad y, a diferencia de los derechos de propiedad industrial, no es necesario su registro para tener protección, por lo que ampliar el concepto al lugar donde se ha producido la consecuencia del daño, le da la posibilidad al autor de acudir a los tribunales de su propio Estado o de alguno que tenga una normativa que le sea más beneficiosa.

V. Conclusiones

1. El *trade dress* consiste en la imagen comercial de las empresas en el mercado, adquiriendo la distintividad suficiente como para tener las mismas funciones que las marcas, especialmente la relativa a determinación del origen empresarial.
2. La apariencia distintiva está compuesta por el conjunto de elementos que crean esa imagen concreta y provoca que se vincule por parte de los competidores y los consumidores con una empresa determinada.
3. Surge con motivo de la práctica comercial en el mercado, apareciendo su concepto por primera vez en la jurisprudencia de Estados Unidos, donde se incluyó dentro del *Lanham(Trademark) Act* debido a su relevancia en las prácticas comerciales.
4. Es un concepto que ha evolucionado conforme el contexto social y económico del mercado, ampliándose según sus nuevas necesidades. Comenzó en relación al *packaging* o el envoltorio de los productos, y se amplió hasta incluirse la decoración y el diseño de los establecimientos, sus colores, los aromas o incluso los sonidos.
5. Al ser una figura tan subjetiva, está estrechamente vinculada a la jurisprudencia y la interpretación de los jueces, que son los que en sus Resoluciones han reconocido nuevos elementos dentro de la imagen comercial.
6. Las características que debe cumplir el *trade dress* para estar protegido, según la jurisprudencia, son: distintividad; idoneidad para ser vinculado con una determinada marca o empresa; estar dirigido a un público concreto; que proporcione una ventaja competitiva a su titular; y que tenga una finalidad ornamental.
7. Se encuentra regulado en algunos ordenamientos jurídicos dentro de la normativa de la propiedad industrial, considerándose como un tipo de marca.
8. En aquellos en los que no está contemplado, se aplica de forma residual la normativa de propiedad industrial, propiedad intelectual y derecho de la competencia, al tener una naturaleza análoga a sus bienes jurídicos protegidos.
9. Debido al auge de las relaciones comerciales entre distintos países, su incertidumbre normativa ha afectado a cuestiones procedimentales cuando existen conflictos entre sujetos y signos de distintos territorios.
10. La determinación de la competencia judicial internacional es necesaria, especialmente cuando afecta a derechos territoriales o el foro que debe conocer del procedimiento es difuso y está sujeto a interpretación.
11. Dentro de la normativa europea, en términos generales, las normas del Reglamento de Bruselas I bis y del Convenio de Lugano que afectarían a los procedimientos sobre conflictos con la apariencia distintiva son: el foro general del domicilio del demandado (arts. 4 RB I bis y 2 CL); los foros especiales en materia contractual y materia delictual o cuasidelictual

los tribunales de cada Estado miembro en cuyo territorio el contenido publicado en Internet sea, o haya sido, accesible. Dichos órganos son competentes únicamente para conocer del daño causado en el territorio del Estado miembro del órgano jurisdiccional al que se haya acudido." *Ibidem*, p.6.

¹¹⁹ STJUE de 3 de octubre de 2012, *Pinckney*, C-170/12, ECLI:EU:C:2013:635.

- (arts.7 RB I bis y 5 CL); los foros exclusivos en materia registral, de inscripciones y validez de la propiedad industrial (arts.24 RB I bis y 22 CL); las normas de sumisión expresa (arts. 25 RB I bis y 23 CL) y de sumisión tácita (arts. 26 RB I bis y 24 CL).
12. La competencia judicial internacional en los procedimientos por lesiones a la imagen comercial derivadas de un incumplimiento contractual, correspondería, en virtud de los artículos 7 RB I bis y 5 CL y en ausencia de una cláusula de sumisión expresa, al lugar de cumplimiento de la obligación.
 13. Cuando el lugar de cumplimiento sea difuso, especialmente cuando se carezca de un lugar físico, el demandante podrá acudir al domicilio del demandado o a cualquier establecimiento donde ejerza su actividad profesional.
 14. Lo más común en las relaciones contractuales es establecer una cláusula de elección de foro o de jurisdicción, que atribuya la competencia a un Estado concreto.
 15. Entre las vulneraciones al *trade dress* ajenas a las obligaciones contractuales y relacionadas con la infracción de la propiedad industrial, el foro competente sería el lugar de comisión del daño (art. 7 RB I bis y 5 CL). Todo ello salvo los casos en los que afecte a una figura comunitaria, que será de aplicación la normativa especial.
 16. Cuando el objeto del procedimiento esté relacionado con una marca comunitaria, el *Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre la marca de la Unión Europea* atribuye la competencia exclusiva de los tribunales de marcas de la Unión Europea en materia de lesión y validez del signo. Teniendo la competencia judicial internacional los tribunales del domicilio del demandado, o donde tenga un establecimiento; podrán conocer los tribunales del lugar donde se hubiera cometido el hecho dañoso cuando afecte a los derechos de su titular, salvo las declaraciones de inexistencia de violación de marca de la Unión.
 17. En materia de patente europea, según el *Acuerdo sobre un tribunal unificado de patentes (2013/C 175/01)* se atribuye la competencia exclusiva del Tribunal Unificado de Patentes, para los países miembros del Acuerdo y la competencia judicial internacional le corresponde al Estado miembro donde se haya producido el año; donde se encuentre la residencia habitual o el centro de actividad del demandado.
 18. Si está vinculado con un diseño o un modelo comunitario, el *Reglamento (CE) n° 6/2002 del Consejo, de 12 de diciembre de 2001, sobre los dibujos y modelos comunitarios* establece la competencia exclusiva de tribunales especializados, teniendo la competencia internacional los tribunales del Estado miembro del domicilio del demandado o donde tuviera un establecimiento; en su defecto, el Estado miembro del domicilio del demandante o de su establecimiento; si no, ante aquel donde tenga su sede la Oficina de registro; y, si se ejercen acciones relativas a la infracción de los derechos y su indemnización, se pueden presentar ante el Estado miembro del lugar de comisión del daño.
 19. Si la vulneración afecta al derecho de la competencia, serán competentes los tribunales del domicilio del demandado, de donde tenga un establecimiento o una sucursal relacionada con el procedimiento; los del lugar de comisión del daño, incluyéndose dentro del concepto el lugar donde se firmó el acuerdo anticompetitivo; el mercado afectado por las prácticas desleales o el centro de actividad principal.
 20. En los procedimientos por vulneración de los derechos de autor, si el objeto está relacionado con los derechos patrimoniales, serán competentes los tribunales del domicilio del demandado o los del lugar donde se haya cometido el hecho dañoso; si es sobre los derechos morales, se podrá acudir al lugar del daño, tanto de su origen como donde surgió efectos, como puede ser el domicilio del demandado, el centro de intereses de la víctima, su residencia habitual o donde tenga un establecimiento. Si se acude a un tribunal distinto, solo podrá conocer de los daños ocasionados en ese territorio.

Reconciling Gender Identity and Legal Status in Cross-Border Family Relations

Conciliación de la identidad de género y la situación jurídica en las relaciones familiares transfronterizas

LUCIA IRINESCU

Associate Professor of Family Law

Alexandru Ioan Cuza University of Iasi, Romania

ORCID ID: 0009-0004-5490-6526

Recibido: 18.11.2025 / Aceptado: 14.01.2026

DOI: 10.20318/cdt.2026.10276

Abstract: It is becoming increasingly evident that family relationships are undergoing a period of profound change, driven by social developments over recent decades. The freedom of thought enjoyed by modern individuals, the search for self-identity, and changing attitudes towards the structure of relationships are having a profound influence on concepts of family, gender, and the traditional roles assigned to them. In this social context, the institution of the family faces new challenges, including the legal recognition of gender identity. With the legal change of a person's sex and the recognition of their new status, a number of questions arise regarding family relationships, the continuity of marital status, and the effects on filiation. In a European space characterized by legislative diversity and freedom of movement of individuals, these cross-border situations test the limits of the principles of mutual recognition, protection of privacy, and non-discrimination.

Keywords: sex – gender, marriage, filiation, principle of equality, principle of non-discrimination.

Resumen: Cada vez es más evidente que las relaciones familiares están atravesando un periodo de profundos cambios, impulsados por la evolución social de las últimas décadas. La libertad de pensamiento de que disfrutaban los individuos modernos, la búsqueda de la identidad personal y los cambios en las actitudes hacia la estructura de las relaciones están ejerciendo una profunda influencia en los conceptos de familia, género y los roles tradicionales que se les asignan. En este contexto social, la institución de la familia se enfrenta a nuevos retos, entre ellos el reconocimiento legal de la identidad de género. Con el cambio legal del sexo de una persona y el reconocimiento de su nueva condición, surgen una serie de cuestiones relativas a las relaciones familiares, la continuidad del estado civil y los efectos sobre la filiación. En un espacio europeo caracterizado por la diversidad legislativa y la libre circulación de las personas, estas situaciones transfronterizas ponen a prueba los límites de los principios de reconocimiento mutuo, protección de la intimidad y no discriminación.

Palabras clave: sexo – género, matrimonio, filiación, principio de igualdad, principio de no discriminación.

Sumario: I. Introduction. II. Multiple perspectives on gender identity. 1. Key judgments and the evolution of the European Court of Human Rights Court's approach. 2. CJEU Perspectives:

*lirinescu@yahoo.com

The Mirin Case. III. Challenges faced by transgender persons in establishing a family under private international law. 1. Marriage and cross-border recognition of civil status. 2. Filiation and parental rights of transgender persons in private international law. IV. Final remarks

i. Introduction

1. The free movement of persons is one of the four fundamental freedoms of the European Union. Citizenship and domicile—concepts that traditional law has operated with for decades—are now being redefined, both in practice and at the legislative and legal level, by more flexible notions such as belonging and residence. *Lex personalis*, the law of the state of which we are citizens, continues to be relevant; however, freedom of movement allows individuals to increasingly relate to their own desires and needs, choosing the legal framework and place of residence that best protects their rights and interests, including in matters of family and personal status. Traditionally, a person's status is governed by national law; a person's citizenship determines the law applicable to their personal status.

2. Citizens are entitled to fundamental rights and freedoms, as well as to the duties stipulated in the legal order of the state. In addition to national citizenship, citizens of European Union member states acquire European citizenship in accordance with Article 20 of the Treaty on the Functioning of the European Union, which stipulates that: '1. Citizenship of the Union is hereby established. Every person holding the nationality of a Member State shall be a citizen of the Union. Citizenship of the Union shall be additional to and not replace national citizenship'.

3. Citizens of the Union shall enjoy the rights and be subject to the duties provided for in the Treaties. They shall have, *inter alia*: a) the right to move and reside freely within the territory of the Member States; b) the right to vote and to stand as candidates in elections to the European Parliament and in municipal elections in their Member State of residence, under the same conditions as nationals of that State; c) the right to enjoy, in the territory of a third country in which the Member State of which they are nationals is not represented, the protection of the diplomatic and consular authorities of any Member State on the same conditions as the nationals of that State; d) the right to petition the European Parliament, to apply to the European Ombudsman, and to address the institutions and advisory bodies of the Union in any of the Treaty languages and to obtain a reply in the same language.

4. Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States¹ is based on the provisions of Article 21 TFEU, according to which: '(1) Every citizen of the Union shall have the right to move and reside freely within the territory of the Member States, subject to the limitations and conditions laid down in the Treaties and by the measures adopted to give them effect².

5. Directive 2004/38/EC applies in all situations where a Union citizen, regardless of their country of origin, moves to or resides in a Member State other than that of which they are a national, and to their family members who accompany or join them', namely: the spouse; the partner with whom the Union citizen has entered into a registered partnership, in accordance with the legislation of a Member State, if, according to the legislation of the host Member State, registered partnerships are considered equivalent to marriage and in accordance with the conditions laid down in the relevant legislation of the

¹ Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC, OJ L 158, 30.4.2004, pp. 77–123.

² G. L. ISPAS, *Dreptul afacerilor în Uniunea Europeană. Instituții și politici ale Uniunii Europene*, Hamangiu Publishing House, 2025, pp. 258.

host Member State; direct descendants who are under 21 years of age or who are dependent on him or her, as well as the direct descendants of the spouse or partner; direct ascendants who are dependent on him or her and those of the spouse or partner (Article 2(2)); the partner with whom the Union citizen has a duly attested stable relationship (Art. 3).

6. In this context, the increased mobility of citizens within the European Union can sometimes lead to difficult situations in terms of family relationships, and traditional concepts of family and gender are becoming increasingly flexible. To date, the European Union has not opted to harmonize the rules of private international law in matters such as personal status, marriage, adoption, filiation, etc. marriage, adoption, filiation, guardianship of adults, etc. In these matters, the rules of private international law provided for by the law of the court seised (*lex fori*) are applicable³.

7. Only in the field of parenting, the European Commission published a *Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition of decisions and acceptance of authentic instruments in matters of parenthood and on the creation of a European Certificate of Parenthood* (the Parenthood Proposal)⁴ on 7 December 2022, which provides for a number of common rules for the Member States such as: the applicable law to parenthood, jurisdiction in parenthood matters and the recognition of court decisions in parenthood matters⁵.

8. Currently, the existing conflict rules of the Member States on family relations (marriage, civil partnership, parenthood) differ considerably, creating disharmonies between the European legal systems⁶. With regard to gender and sex identity, several countries have recently opted to recognize a third gender in civil status documents, distinct from male and female. The distinction⁷ between *sex* (biological) and *gender* (social) raises a number of legal questions regarding who is entitled to decide on membership of this third category - doctors or state authorities, the criteria (biological or social) on which this distinction is based, as well as the extent to which, in terms of private international law, more conservative states, such as Romania, will accept non-binary persons and how they will treat them in cases of marriage and parenthood⁸.

9. Yogyakarta Principles (*Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity*)⁹, originally drafted in 2006 by a group of international human rights experts at an international meeting held in Yogyakarta, Indonesia, and subsequently ex-

³ P. J. BLANCO, "Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho internacional privado", *Revista electrónica de estudios internacionales*, no. 35, 2018, pp. 2-4; M. Á. S. JIMÉNEZ, "Tratamiento de la diversidad de estructuras familiares en los reglamentos europeos y continuidad del estatuto personal", in B. C. Díaz (coord.), *Derecho de familia internacional en un contexto de creciente migración: cuestiones vinculadas con el Reglamento 2019/1111*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2024, pp. 29-51.

⁴ Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition of decisions and acceptance of authentic instruments in matters of parenthood and on the creation of a European Certificate of Parenthood, COM (2022) 695 final, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0695>, accessed 17.11.2025.

⁵ See CH. BUDZIKIEWICZ, K. DUDEN, A. DUTTA, T. HELMS, C. MAYER, *The Marburg group's comments on the parenthood proposal*, Intersentia, Cambridge, 2024, pp.1-3. Also see B. C. Díaz, "La filiación en el dipr de la ue: entre la situación actual y las perspectivas de cambio", in B. C. Díaz (coord.), *op. cit.*, pp. 62-75.

⁶ N. K. ŠALAMON, *Mapping of studies on the difficulties for LGBTI people in cross-border situations in the EU*, November 2019, available at: https://commission.europa.eu/system/files/202005/mapping_of_studies_on_the_difficulties_for_lgbti_people_in_cross-border_situations_in_the_eu.pdf, accessed 17.11.2025.

⁷ See European Commission, 'Legal Gender Recognition in the EU: The Journeys of Trans People towards Full Equality', June, 2020, available at: https://commission.europa.eu/document/download/bdffcbef-4c28-4c99-9c5a-b8207110d486_en?filename=legal_gender_recognition_in_the_eu_the_journeys_of_trans_people_towards_full_equality_sept_en.pdf&prefLang=de, accessed 17.11.2025.

⁸ A. DUȚU, "France: technical impossibility of recognizing gender neutrality or "intersex" status in civil status documents", *Pandectele Române*, no. 2, 2023, pp. 235-239.

⁹ *Yogyakarta Principles*, available at: <https://yogyakartaprinciples.org>, accessed 17.11.2025. See P. Mitrai, K. Abhijeet, "The Yogyakarta Principles: A Legal Discourse on Rights of the LGBTI Community", *International Journal of Law Management & Humanities* no. 3, 2020, pp. 1730-1747.

panded in 2017, it is one of the reference documents on human rights as they apply to sexual orientation and gender identity. The preamble to the document defines *gender identity* as ‘referring to each person’s deeply felt internal and individual experience of gender, which may or may not correspond with the sex assigned at birth, including the personal sense of the body (which may involve, if freely chosen, modification of bodily appearance or function by medical, surgical or other means) and other expressions of gender, including dress, speech and mannerisms’.

10. According to principle 31 - *The Right to Legal Recognition* (YP+10)¹⁰: ‘Everyone has the right to legal recognition without reference to, or requiring assignment or disclosure of, sex, gender, sexual orientation, gender identity, gender expression or sex characteristics. Everyone has the right to obtain identity documents, including birth certificates, regardless of sexual orientation, gender identity, gender expression or sex characteristics. Everyone has the right to change gendered information in such documents while gendered information is included in them’. Although the Yogyakarta Principles are not binding, they enshrine the recognition of gender identity based on self-determination; therefore, applicants can change their legal gender via a declaration or request with a competent authority, such as the municipality civil status officer. The procedure does not require mental health diagnosis or any third-party intervention, compulsory medical intervention, surgery or sterilisation, or compulsory divorce. Member states that impose sterilization and surgery violate international human rights law.

11. On October 9, 2025, the European Commission adopted the new *LGBTIQ+ equality strategy 2026-2030*¹¹, after previously, in November 2020, the Commission adopted the *LGBTIQ Equality Strategy 2020-2025*¹², which was the first-ever Commission strategy on LGBTIQ equality and delivered on the European Commission’s commitment to building a Union of Equality. The new strategy aims to protect LGBTIQ+ people from all forms of violence, ensure equal opportunities and respect for their rights in all areas of life, and engage society as a whole in promoting freedom, diversity, and inclusion. To this end, a series of concrete measures are proposed, including assessing and supporting the prohibition of „conversion practices” in Member States; combating hate speech and online hate through the creation of a European monitoring center and a new EU action plan against cyberbullying, with a focus on protecting LGBTIQ+ youth.

12. Romania is among the last European countries that currently do not recognize any form of legal protection for same-sex couples, although there have been a number of legislative proposals to this effect over time. Not even the decision of the European Court of Human Rights in the case of *Buhuceanu and Others v. Romania*¹³ has brought about any change in the Romanian legislative landscape¹⁴. There is a deep attachment to the traditional family at the societal level, while the guarantee of equal treatment for European Union citizens, regardless of their sexual orientation or gender identity, is weak.

¹⁰ *Yogyakarta Principles plus 10*, available at: <http://yogyakartaprinciples.org/principles-en/yp10/>, accessed 17.11.2025. Also see M. O’Flaherty, “The Yogyakarta Principles at Ten”, *Nordic Journal of Human Rights*, vol. 33, no. 4, 2015, pp. 280-298.

¹¹ European Commission, *Union of Equality: LGBTIQ Equality Strategy 2026-2030, COM (2025) 725 final*, available at: https://commission.europa.eu/document/download/b4952371-4308-47ad-b995-02c539b75dda_ro?filename=JUST_template_comingsoon_standard.pdf, accessed 17.11.2025.

¹² European Commission, *Union of Equality: LGBTIQ Equality Strategy 2020-2025*, COM (2020) 698, 12 November 2020, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0698>, accessed 17.11.2025. Also see K. EISELE, *LGBTIQ equality strategy. Implementation overview*, available at: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2023/753174/EPRS_STU\(2023\)753174_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2023/753174/EPRS_STU(2023)753174_EN.pdf), accessed 17.11.2025.

¹³ ECHR, May 23, 2023, application no. 20081/19, *Buhuceanu and Others v. Romania*.

¹⁴ See C. JUGASTRU, “Buhuceanu and Others against Romania. Lines of Consolidation and Dilemmas,” *Revista de Dreptul Familiei*, no. 2, 2023, p. 337354; C. M. Nicolescu, D. A. Deteşeanu, “The surprise of unsurprising case law: the ECHR case *Buhuceanu and Others v. Romania* (May 23, 2023), from the perspective of Romanian domestic law”, *Analele Universitatii din Bucureşti: Seria Drept*, 2023, pp. 80-90.

II. Multiple perspectives on gender identity

1. Key judgments and the evolution of the European Court of Human Rights Court's approach

13. Over time, the European Court of Human Rights (ECHR) has ruled on both the legal recognition of gender identity and the concrete implications of transsexualism in areas such as family life, parental rights, social security, health insurance, and pensions. For the first time, the ECHR became aware of “the seriousness of the problems affecting transsexuals and their suffering” and recommended “the constant examination of appropriate measures, taking into account in particular the evolution of science and society” in the case of *Rees v. United Kingdom*¹⁵, in which it nevertheless ruled that Article 12 of the Convention had not been violated and found that the traditional concept of marriage was based on the union between persons of the opposite biological sex.

14. While the ECHR's position has long been not to recognize the possibility for transsexuals to marry in the case of *Christine Goodwin v. United Kingdom*¹⁶, it ruled that it is up to the state to decide the conditions and formalities for the marriage of transsexuals, but that it “sees no reason why a transsexual should be denied the right to marry in all circumstances.” The ECHR also stated that it was not “convinced that sex is determined by purely biological criteria.” Previously, in the case of *B v. France*, the ECHR had recognized for the first time that Article 8 of the Convention had been violated, since the French authorities' refusal to amend the civil registry had placed the applicant “in a daily situation that was incompatible with the respect due to her private life.”

15. One of the most frequently cited judgments handed down by the ECHR in this area is the case of *A.P., Garçon and Nicot v. France*¹⁷, in which it examined the provisions of French law on the modification of civil status documents of transgender persons, which required medical treatment leading to an irreversible change in appearance. The ECHR considered that forcing transgender persons to undergo such treatment against their will constitutes a condition on the full exercise of their right to respect for private life, as enshrined in Article 8 of the Convention. Making recognition of sexual identity in the case of transgender persons conditional upon prior surgical intervention to which they do not wish to submit may constitute a limitation of their right to respect for private life, as enshrined in Article 8 of the Convention.

16. In the case of *Y.T. v. Bulgaria*¹⁸, the ECHR was called upon to determine whether the refusal of the Bulgarian courts to grant the applicant's request to change his gender in the civil registry constituted a violation of his right to respect for his private life. We must highlight the conservatism and lack of vision of the Bulgarian courts in this case, which expressed their conviction that gender reassignment is not possible as long as the person presented the characteristics of a particular sex at birth. In addition, the national judges explicitly stated that they chose to ignore recent case law according to which a sex change can be recognized independently of medical treatment.

17. In another case highlighting freedom of movement, *Rana v. Hungary*¹⁹, the Hungarian authorities granted the applicant refugee status on the grounds that he had been persecuted in Iran because of his transsexualism. However, when the transgender man requested a change of name and gender from female to male, the same Hungarian authorities rejected his application on the grounds that he did not have a birth certificate issued by the Hungarian authorities. Currently, Hungary has a clear position on the issue of transgender people, in the sense that their legal recognition is unconstitutional.

¹⁵ ECHR, October 17, 1986, application no. 9532/81, *Rees v. United Kingdom*, hudoc.int.

¹⁶ ECHR, March 27, 1996, application no. 17488/90 *Christine Goodwin v. United Kingdom*, hudoc.int.

¹⁷ ECHR, April 6, 2017, application no. 79885/12, 52471/13, 52596/13, *A.P., Garçon and Nicot v. France*, hudoc.int.

¹⁸ ECHR, July, 9, 2020, application no. 41701/16, *Y.T. v. Bulgaria*, hudoc.int.

¹⁹ ECHR, July, 16, 2020, application no. 40888/17, *Rana v. Hungary*, hudoc.int.

18. In the case of *X v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*²⁰, the Court found a violation of Article 8 of the Convention due to legislative gaps in domestic law. The Court thus examined whether the conditions for changing civil status records by transgender persons existed and, if so, what those conditions were, and whether there was consistent case law on the matter, finding that the Member State had failed to establish a quick, transparent, and accessible procedure for changing the civil status documents of transgender persons, and that the lack of such a procedure causes the applicant uncertainty regarding his private life and has long-term negative consequences for his mental health. It reinforced the Court's case law on the matter, stating that Member States must ensure swift, transparent, and accessible procedures for legal gender recognition, while excessive requirements or a lack of clear regulations violate Article 8 of the Convention.

19. Similarly, in the case of *X and Y v. Romania*²¹, the Romanian state was condemned by the European Court of Human Rights for violating its obligations towards transgender persons, because Romanian courts did not recognize the male sex of two women who requested this, but had not undergone sex reassignment surgery. Subsequently, one of the applicants underwent gender reassignment surgery, and the Romanian courts upheld the action seeking the change of civil status documents. As in previous cases, the Court noted once again that Romanian law does not provide for a specific procedure for requests for legal recognition of gender reassignment, as is the case in other countries. Although Romanian law does not expressly stipulate that these persons must undergo sex reassignment surgery, Romanian courts have rejected the plaintiffs' claims on this ground.

20. In the case of *A.M. and others v. Russia*²², the ECHR examined how Russian courts had restricted the parental rights of the transgender applicant (who had undergone gender reassignment surgery), depriving him of the right to have personal relations with his child, whom he had given birth to before his transition. As an argument, the national judge invoked a possible negative impact on the health and psychological development of the children, although there was no evidence to support this. From our point of view, the ECHR's decision in this case represents significant progress in protecting the family life of transgender people. Whereas in previous cases, the Strasbourg judge had examined how national courts restricted their right to privacy, this time he had to go a step further and examine the restriction of the right to family life from the perspective of the parent-child relationship and the principle of the best interests of the child. The child's personal relationship with the parent is a right of both the child and the parent. The decision of the Russian courts is a clear example of discrimination, supported by a conservative view of the traditional family and fueled by prejudices about gender identity. Beyond the legal aspects, we cannot ignore the personal consequences of this restriction of the right to be a parent on the grounds of sexual conversion. Once again, this decision highlights the importance of uniform regulation in this area, as the right to exercise parental prerogatives, acquired as a result of filiation, cannot be limited or even denied following a gender transition. Uniform regulations would lead to stability in family relationships in all Member States and would underpin the right of free movement of European Union citizens throughout the territory.

21. The case *A.H. and Others v. Germany*²³ raised another sensitive issue that transgender people may face, namely establishing parentage between a transgender parent and their biological child. In this

²⁰ ECHR, January, 17, 2019, application no. 29683/16, *X v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, hudoc.int.

²¹ ECHR, January, 1, 2021, application no. 2145/16, 20607/16, *X and Y v. Romania*. See D.A. Popescu, "Reflections on gender identity and dual motherhood (fatherhood) in a multicolored world: in the world of Europe", in D.A. Popescu, S. Golub (coord.), *O familie pentru Europa. O Europă a familiilor. Studia Emese Florian dedicata*, Hamangiu Publishing House, Bucharest, 2022, p. 887-904; B. Ionescu, *Schimbarea de sex în actele de stare civilă*, Universul Juridic Publishing House, Bucharest, 2024, p. 127; S. Stoicescu, "Case of X and Y v. Romania. Gender identity. Implications and practical consequences", *Revista de Dreptul Familiei* no. 1, 2021, p. 527.

²² ECHR, November, 11, 2021, application no. 47220/19, *A.M. and others v. Russia*, hudoc.int.

²³ ECHR, April, 4, 2023, application no. 7246/20, *A.H. and Others v. Germany*, hudoc.int. Also see ECHR, February, 6, 2019, application no. 3568/18; 54941/18, O.H. și G.H. v. *Germany*, hudoc.int. for details, see M. Pirosikova, J. Fialova, T. Zdechovsky, "Mater Sempere Certa Est - Should We Register Transsexual Woman-to-Man as a Father? Remarks on the ECHR Judgment O.H. and G.H. v. Germany", *Review of European and Comparative Law (RECoL)*, vol. 56, 2024, pp. 7-24.

case, the plaintiff, A.H., a transgender person, participated in the conception of the child born to his partner as the biological father. The German authorities registered A.H. as the father on the child's birth certificate, even though, at the time of birth, he had a legally recognized female gender identity. According to German law, if the child of a transgender person was conceived and born after the recognition of the new gender identity, the birth certificate of the child shall indicate the sex and former surname of the transgender parent. The ECHR ruled that there was no violation of Article 8 in this case, given that national authorities enjoy a wide margin of discretion in this matter. The Court reiterated that in such cases, the best interests of the child are paramount.

2. CJEU Perspectives: The Mirin Case²⁴

22. In this case, M.-A.A., a Romanian trans man with dual Romanian-British citizenship, requested the Civil Registry Office of the Directorate for Personal Records at place of birth to enter in his birth certificate the changes to his first name, sex, and personal identification number so that they reflect his male sex, and to issue him a new birth certificate containing these new entries. At birth, M.A. A. was registered as female, and his/her Romanian birth certificate showed a female first name, he/she was identified as female and had a personal identification number that also identified him/her as being of that sex. After moving with his/her parents to the United Kingdom, M.A. A. acquired British citizenship by naturalization. Subsequently, M.A. A. obtained in the United Kingdom a *Gender Identity Certificate*, a document confirming his/her male gender identity²⁵.

23. The Romanian authorities rejected M.A. A.'s application, inter alia, on the ground that, in accordance with Article 43(i) of Law No 119/1996, read in conjunction with Article 4 para. (2)(l) of Government Ordinance No. 41/2003 (now repealed), a reference to a person's change of gender identity may be entered in their birth certificate only when it has been approved by a final court decision. Consequently, M.A. A. applied to the court, requesting that the Romanian authorities be required to bring his birth certificate into line with his surname and gender identity legally acquired in the United Kingdom. In M.A. A.'s view, requiring him to initiate new legal proceedings in Romania for the approval of his gender change would have exposed him to the risk of obtaining a decision contrary to that adopted by the British authorities. In addition, he invoked the case of *X and Y v. Romania*, in which the ECHR ruled that this procedure lacks clarity and predictability²⁶.

24. In these circumstances, the Romanian court referred the matter to the Court of Justice of the European Union to clarify to what extent the non-recognition of the change of sex and surname in the civil status obtained by a Romanian citizen in another Member State, of which he is also a citizen, precludes the exercise of the right to European citizenship and/or the right to free movement and residence of a Union citizen, of which he or she is also a citizen, precludes the exercise of the right to European citizenship and/or the right to free movement and residence of a citizen of the European Union. At the same time, the court also wanted to clarify the extent to which the resolution of the main dispute is influenced by the United Kingdom's withdrawal from the Union.

25. In other areas of law, European Union Member States commonly recognize each other's decisions without further proceedings. It should be noted that the national court framed the question in the light of European citizenship, the right to free movement and residence, dignity, equality before the law and non-discrimination, as well as private and family life (Articles 20 and 21 TFEU and Article 45 of the

²⁴ ECJ, 4 October 2024, Case C-4/23, *M.-A.A. v Direcția de Evidență a Persoanelor Cluj, Serviciul stare civilă and others* (ECLI:EU:C:2024:845).

²⁵ See A. Cardoso, "Trans rights in the European Union – "sex" v. "gender" on the path towards equality and non-discrimination", *UNIO - EU Law Journal*, vol. 8, no. 2, March 2023, pp. 51-62.

²⁶ See L. IRINESCU, *Dreptul familiei*, Hamangiu Publishing House, Bucharest, 2024, p. 93-95.

Charter of Fundamental Rights). The Romanian Government argued that the request for a preliminary ruling was inadmissible on the grounds that M.A. A. had not submitted his request to have his change of first name and sex, legally acquired in the United Kingdom, entered in his Romanian birth certificate, to the competent Romanian authorities.

26. The Court noted that the fact that the United Kingdom is no longer a Member State of the Union has no bearing on the case, since, as a Romanian national, M.-A. A. enjoys the status of Union citizen. The Court also ruled: ‘the refusal by the competent civil status authorities of a Member State to recognise and enter in the civil registers, and in particular in the birth certificate of a national of that Member State, a change of first name and gender identity lawfully acquired by that national in another Member State, on the basis of national legislation which does not allow such recognition and entry, with the result that the person concerned is obliged to bring new judicial proceedings for a change of gender identity in the first Member State, which disregard that change already lawfully acquired in that other Member State, is liable to restrict the exercise of the right to move and reside freely within the territory of the Member States’ (para. 57).

27. Unlike other cases concerning gender identity resolved by the ECHR, which the Strasbourg judge analyzed from the perspective of compliance with the principle of non-discrimination, the *Mirin* case raises a more complex issue from the perspective of the fundamental rights and freedoms of European Union citizens (the right to free movement) associated with fundamental human rights (the right to privacy, the right to family life)²⁷.

28. Sex, like name, is an element of identification of a natural person, but unlike a change of name, in the case of sex the consequences affect not only the civil status of the person but also their family status. This was also the argument put forward by Advocate General Jean Richard de la Tour in his conclusions: ‘as things stand under EU law, no provision or case law governs matters relating to the updating, in the Member State of birth of a Union citizen, of data in civil status records concerning sex or gender identity on the basis of documents drawn up or decisions taken in another Member State’. At the same time, it pointed out that the gender identity declaration changes both the personal and family status of the person concerned and has an impact on family relationships (marriage, filiation, exercise of parental rights) as well as on other rights that remain linked to gender differences (pension, health, sports competitions, etc.). In conclusion, Member States remain competent to determine in their national law the effects of such recognition and registration in other civil status records, as well as in matters of marriage and filiation.

29. Since in the *Mirin* case, the subject matter of the application was based on the provisions of Articles 20 and 21 TFEU, the Court had to apply the relevant provisions of European law, namely Articles 7 and 45 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, and to examine the extent to which the right of free movement and residence within the territory of the Member States of a citizen of the European Union is restricted when the Member State of origin refuses to recognize and record in the birth certificate the change of surname and gender identity obtained in another state. The importance of this ruling extends beyond the individual situation of the applicant and highlights the broader issue faced by transgender persons, who do not enjoy the same legal recognition of gender in all Member States of the European Union, preventing them from traveling freely, live, work, or study in another country²⁸.

30. The judgment in the *Mirin* case confirms the principle that rights lawfully acquired in one Member State must remain valid throughout the European Union. On the other hand, this will create

²⁷ M. A. PLAN, “Trans Rights and Gender Recognition before the CJEU: Reflections on the AG’s Opinion in the *Mirin* Case (C4/23)”, *VerfBlog*, 2024/6/05, <https://verfassungsblog.de/trans-rights-and-legal-gender-recognition/>, available at: <https://verfassungsblog.de/trans-rights-and-legal-gender-recognition/>, accessed 17.11.2025.

²⁸ A. TRYFONIDOU, “Introductory note to *Relu Adrian Coman and Others v. Inspectoratul General pentru Imigrari and Ministerul Afacerilor Interne* (C.J.E.U.) [notes]”, *International Legal Materials*, Vol. 58, Issue 4, August 2019, pp. 823-836.

problems with regard to the right to private and family life, as this solution places the applicant in situations where they are treated as a man for matters relating to cross-border activities, but as a woman for matters relating to marriage and filiation in their own state, as these matters fall within the competence of the Member States²⁹.

31. Equally, this decision may be a first step towards consolidating European law on the rights of transgender persons. This time, unlike in the *Coman v. Romania* case, the CJEU ruled that Member States are obliged to fully recognize a legal gender change performed in another Member State by registering it in the civil registry and amending the birth certificate of the Union citizen. In case *Relu Adrian Coman and Others v Inspectoratul General pentru Imigrări and Ministerul Afacerilor Interne*³⁰, the Court ruled that a same-sex marriage concluded in Belgium may be recognised in Romania, which does not offer any legal protection to same-sex couples, solely for the purpose of recognising the right of residence of the spouse of a Romanian citizen who has exercised his or her right to free movement.

32. In conclusion, as a result of the *Mirin* ruling, transgender persons who have completed a legal gender recognition procedure in one Member State will have their legal sex recognized in any EU country they travel to or settle in. It remains to be seen whether the Court's view on the cross-border recognition of same-sex marriages will change. As far as we are concerned, we believe that in conservative states such as Romania, where the church has an overwhelming influence on citizens and politics, reform can only come from the Court of Justice of the European Union. Otherwise, the protection of transgender people achieved as a result of the *Mirin* ruling is only half complete³¹.

33. Currently, the CJEU is called upon to rule on this matter in the case brought before it *Cupriak-Trojan and Trojan v. Poland*³². This time, the applicants, Jakub Cupriak-Trojan, who has dual Polish and German citizenship, and Mr. Mateusz Trojan, a Polish citizen, who were married in Germany and currently reside in Poland, requested the registry office in Warsaw to transcribe their German marriage certificate. The CJEU will have to determine whether the provisions of Articles 20 and 21 TFEU preclude the possibility that 'the competent authorities of a Member State of which a Union citizen is a national, who has entered into marriage with another Union citizen (a person of the same sex) in a Member State, in accordance with the law of that State, to refuse to recognize and register that marriage in the national civil status registers, thereby preventing those persons from residing in that State with that civil status and with the same surname on the ground that the law of the host State does not provide for marriages between persons of the same sex?'³³ On November 25, the CJEU concluded that the refusal by a Member State of origin to recognise a marriage between two EU citizens, lawfully concluded in a host Member State, constitutes a breach of Article 20 and Article 21(1) TFEU, read in the light of Article 7 and Article 21(1) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union; therefore, Member States, are obliged to recognize a marriage between two EU citizens of the same sex that was legally concluded in another Member State where they exercised their right to free movement and residence.

²⁹ L. IRINESCU, *op. cit.*, p. 95.

³⁰ ECJ, Case C-673/16, 5 June 2018, *Relu Adrian Coman and Others v Inspectoratul General pentru Imigrări and Ministerul Afacerilor Interne* (ECLI:EU:C:2018:385).

³¹ For a detailed analysis of the case, see A. TRYFONIDOU, "The Cross-Border Recognition of Changes in the Legal Sex of Transgender Persons: The Landmark Court of Justice ruling in the *Mirin* case. ECJ 4 October 2024, Case C-4/23, M.-A.A. v. Direcția de Evidență a Persoanelor Cluj, Serviciul stare civilă and others", *European Constitutional Law Review*, vol. 1, issue 2, June 2025, pp. 333-355.

³² ECJ, Case C-713/23, 25 November 2025, *Jakub Cupriak-Trojan and Mateusz Trojan v. Wojewoda Mazowiecki*, (ECLI:EU:C:2025:917).

³³ A. G. Opinion 3 April 2025, Case C-713/23, *Cupriak-Trojan and Trojan* (ECLI:EU:C:2025:235). A.G. Richard de la Tour held that Articles 20 and 21(1) TFEU, in light of Article 7 of the Charter, do not require a Member State to transcribe a same-sex marriage certificate lawfully issued in another Member State, provided that alternative forms of recognition are available. Also see A. MARIOTTINI, "Opinion of AG de la Tour in C-713/23, *Trojan*: A step forward in the cross-border recognition of same-sex marriages in the EU?", available at: <https://conflictoflaws.net/2025/opinion-of-ag-de-la-tour-in-c-713-23-trojan-a-step-forward-in-the-cross-border-recognition-of-same-sex-marriages-in-the-eu/>, accessed 18.11.2025.

In the case of Poland, as in the case of Romania, the only way of recognizing marriages concluded by Union citizens in the exercise of their freedom to move and reside within another Member State is the transcription of the marriage certificate in the civil register. At the same time, the CJEU reiterated that Member States are not required to regulate same-sex marriage in national law

III. Challenges faced by transgender persons in establishing a family under private international law

1. Marriage and cross-border recognition of civil status

34. Every individual has the right to marry. From a human rights perspective, the right to marry is based on fundamental principles such as equality, freedom of choice, and non-discrimination. From this perspective, the right to marry implies free and equal access for all persons to marry and found a family, without discrimination on the basis of sex, race, ethnicity, religion, nationality, or sexual orientation³⁴.

35. In private international law, the application of conflict rules attracts the incidence of different substantive laws. Romanian private international law distinguishes between the substantive conditions for marriage, for which the national law of each of the future spouses will be applied in principle (Article 2586 of the Romanian Civil Code), and the formal conditions, for which the law of the state where the marriage is celebrated will be taken into account in principle (Article 2587 of the Romanian Civil Code).³⁵

36. In the Romanian legal system, marriage is defined as “*the freely consented union between a man and a woman, concluded under the conditions provided by law*” (Art. 259(1) of the Romanian Civil Code)³⁶. In fact, marriage between persons of different sexes is the only form of civil union recognized in Romania. In this regard, the provisions of Article 277 of the Romanian Civil Code explicitly prohibit both *marriages between persons of the same sex*, concluded abroad, whether by Romanian citizens or foreign citizens, and *civil partnerships* between persons of different sexes or even between persons of the same sex, concluded abroad, whether by Romanian citizens or foreign citizens. Therefore, these provisions also have an effect in the sphere of private international law³⁷.

37. The Constitutional Court of Romania admitted, by majority vote, the exception of unconstitutionality and ruled that “*the provisions of Article 277(2) and (4) of the Civil Code are constitutional if they allow the right of residence in Romania, under the conditions provided for by European law, to spouses who are citizens of EU Member States and to their children under the age of 18.*” (2) and (4) of the Civil Code are *constitutional* if they allow the right of *residence on Romanian territory, under the conditions provided for by European law, to spouses who are citizens of EU Member States and/or citizens of third countries in marriages between persons of the same sex, concluded in an EU Member State*”³⁸. In these circumstances, the question arises in practice of the validity of marriages concluded by transgender persons and/or persons whose sex is not clearly determined (intersex persons).

³⁴ C. NICOLESCU, “Case law of the European Court of Human Rights regarding the holders and the limits of the right to marry and to start family”, *Dreptul*, vol. 20, no. 4, 2009, pp. 108-126.

³⁵ D. A. POPESCU, E. A. OPREA, *Drept internațional privat*, Ed. Hamangiu, Publishing House, Bucharest, 2023, p. 356-367; C. JUGASTRU, “Încheierea căsătoriei în dreptul internațional privat. Evoluții și tendințe”, *Revista Română de Drept Privat* no. 5, 2015, p. 96.

³⁶ L. IRINESCU, *Dreptul familiei*, op. cit., p. 61.

³⁷ C. JUGASTRU, “Legea aplicabilă parteneriatului civil în dreptul român. Propuneri de lege ferenda (I)”, *Dreptul* no. 7, 2023, p. 15; C. JUGASTRU, “Legea aplicabilă parteneriatului civil în dreptul român. Propuneri de lege ferenda (II)”, *Dreptul* no. 9, 2023, p. 18.

³⁸ Decision No. 534 of July 18, 2018, Official Gazette of Romania, Part I, No. 842 of October 3, 2018.

38. There are no special regulations dedicated to intersex persons in the Romanian legal system. Transgender persons can only enter into a valid marriage if they have undergone sex reassignment surgery and subsequently obtained a court ruling on the basis of which changes have been made to their civil status documents, their name has been changed, and a new birth certificate has been issued in accordance with their new sex, a new personal identification number, and a new identity card. The marriage of a transgender person will be valid as long as all the substantive conditions required by Romanian law are met, namely valid consent, capacity to marry, and sexual differentiation. However, upon entering into marriage, the spouse who has undergone sex reassignment surgery must inform the other spouse of this fact, otherwise the marriage may be annulled on the grounds of fraud (dol).

39. If the change of sex takes place during an existing marriage, there is no established legal solution in Romanian law. The only solution that would be applicable at present would be the annulment of the marriage; however, the automatic termination of the marriage, without any other remedies for a couple who would like to maintain their legal status, could be considered a violation of Article 8 of the European Convention on Human Rights. With regard to the moment when the existing marriage will cease to have legal effect, we consider that this is the moment when the court decision granting the change of sex becomes final.

40. Transgender persons who have not undergone sex reassignment surgery cannot legally marry in Romania. However, we do not rule out the possibility of such marriages taking place, given that the registrar only checks the information in the civil status documents, which do not indicate that a sex change has taken place without prior surgical conversion.

41. In the sphere of private international family law, in the context of the dynamics of international legislation on the institution of marriage, challenges arise in a context where more and more states have enshrined new forms of conjugality and the lack of sexual differentiation in marriage has been abandoned. At the same time, in matters of filiation, some states have abandoned the terminology of mother and father, replacing it with „parent 1” and „parent 2”.

42. With regard to the recognition of the effects of marriage, the private international law of the states regulates the procedure. However, not all countries recognize same-sex marriage on their territory (as is the case with Romanian law). Civil partnerships between persons of the same sex do not enjoy full international recognition. At European level, the recognition of the property effects of civil partnerships is only achieved in Member States that have participated in enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law, and the recognition and enforcement of judgments concerning the property regimes of international couples, which include both matrimonial regimes and the property effects of registered partnerships—Regulation (EU) No. 1104/2016³⁹.

43. In countries where civil partnerships are not regulated, private international law contains rules of immediate application that override the conflicting rule on partnerships (as is the case with Romanian law). There remain countries that have rules regulating civil partnerships in domestic law and that also allow for their recognition in private international law⁴⁰.

44. At the same time, transgender people who have not undergone gender reassignment surgery can also opt for civil partnerships. In this regard, there are far fewer countries that regulate cohabitation. For example, under Romanian law, many heterosexual couples who do not wish to marry opt, in the

³⁹ J. M. SCHERPE, “Why registered partnership? A comparative overview”, in R. Probert, S. Thompson, (eds.) *Research handbook of marriage, cohabitation and the law*, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 225-237.

⁴⁰ L. IRINESCU, “Civil partnership a future institution in modern romanian law?”, *Revista de Dreptul Familiei* no. 2, 2024, pp. 149-174; C. Nicolescu, “Registered civil partnerships a normative necessity?”, *Revista Română de Drept Privat* no. 3, 2018, pp. 340-356.

absence of express regulations, for de facto unions, while also accepting the lack of legal effects. The Romanian Civil Code gives cohabitation limited effects in terms of filiation and adoption, even though it doesn't specifically recognize it. The property regime of cohabiting partners follows the common law regime in this area. In private international law, states that recognize the effects of cohabitation opt for various legal frameworks, ranging from civil union, contract, civil liability to unjust enrichment.

2. Filiation and parental rights of transgender persons in private international law

45. Transgender people, just like cisgender people, can be parents or want to become parents. Today, in the vast majority of states, filiation is subject to legal challenges arising from the diversity of families, sexual orientation, and transnational mobility of persons; thus, it is becoming increasingly difficult to establish filiation links based on existing legal norms. Transgender people, after gender transition, can become parents through assisted reproduction techniques or adoption⁴¹.

46. In Romanian law, as in most countries, filiation to the mother is established by birth⁴². At the jurisprudential level, there are currently no known cases in Romania in which transgender persons, who were female at birth and subsequently opted for a different gender identity without sex reassignment, have given birth to a child. In Romania, there are no specific provisions regarding these situations, therefore, any request will be resolved by Romanian courts with reference to ECHR case law. In fact, there are no specific regulations on surrogacy, and the few cases that have been settled in court have followed the direction dictated by the judges in Strasbourg. In general, they have opted to recognize the child's filiation to the intended parents only in cases where they were also the genetic parents⁴³.

47. The filiation of a child born in wedlock to the father is established on the basis of the law, the presumption of paternity, in the person of the mother's husband. In the case of a child born outside of marriage, filiation is established as a result of recognition by the biological father in the forms provided by law (authentic document, declaration to the civil registry office, or will) or, in the absence thereof, through legal action.

48. If we refer to Romanian private international law, Article 2603(2) of the Romanian Civil Code expressly states that the filiation of a child born during marriage shall be governed by the law applicable to the effects of the parents' marriage at the time of birth. These legal provisions may also apply to the establishment of the filiation of a child born of a valid marriage between two persons of the same sex concluded abroad. However, they cannot be invoked when the child is born in a civil partnership concluded abroad. In this case, the law applicable to the effects of the parents' marriage at the time of the child's birth will be applied.

49. When transgender people resort to surrogacy, they choose to submit to a range of legal possibilities regarding the establishment of the filiation of the child conceived in this way. From the perspective of private international law, some states refuse to recognize parentage based on assisted human reproduction techniques as contrary to their public policy of private international law, while other states

⁴¹ V. GRUBEN, S. CARSELEY, A. CZARNOWSKI, "Surrogacy, feminism and LGBTQ2S+ family building", in K. TRIMMINGS, S. SHAKARGY, C. ACHMAD (eds.), *Research handbook on surrogacy and the law*, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 169-186; N. DETHLOFF, K. KASLING, F. LEVEN, "From marriage to family: plurality of family forms from a comparative perspective", in N. DETHLOFF, K. KAESLING (eds.), *Between Sexuality, Gender and Reproduction. On the Pluralisation of Family Forms*, Intersentia, Cambridge, 2023, pp. 1-24

⁴² C.C. Hageanu, *Dreptul familiei*, 3rd edition, Hamangiu Publishing House, Bucharest, 2023, p. 164; C. Nicolescu, "The purely biological concept of filiation with regard to the father – the limit of the principle of the best interests of the child?", *Revista de Dreptul Familiei*, Supplement 2020, p. 259.

⁴³ L. IRINESCU, "Surrogate Motherhood: Between Reproductive Rights and the Best Interests of the Child," *Athens Journal of Law (AJL)*, vol. 11, no. 3, July 2025, pp. 265-276.

implicitly recognize parentage as a result of recognizing a birth certificate issued abroad, while others refuse to transcribe the certificate in the civil registry, invoking *lex fori*⁴⁴. This often leads to absurd solutions, such as the situation where, in the country where the child was born, the intended parents are recognized as the parents, while in the country where the birth certificate is requested to be transcribed (as is the case under Romanian law), the woman who gave birth is recognized as the mother, and her husband as the father, based on the legal presumption of paternity⁴⁵.

IV. Final remarks

50. In a world where human diversity and the complexity of relationships raise more and more questions, the right of transgender people to start a family remains a sensitive area, straddling the boundary between the right to private and family life guaranteed by Article 8 of the ECHR and states' attachment to traditional family law criteria.

51. However, it should be noted that most European countries have made significant progress and have stopped making gender identity recognition conditional on individuals undergoing medical treatment and sex reassignment surgery. Nevertheless, as is the case with Romanian law, many countries do not have specific regulations in this regard. In terms of marriage and civil partnership, some countries make the exercise of the right to marry by transgender persons conditional on surgical sex reassignment, so that they can subsequently marry in accordance with their new sex.

52. In terms of parentage and parenthood, transgender people continue to face discrimination. Some Member States assign parental roles to transgender people in the civil status documents of their biological children according to their biological sex, rather than their legal gender. Other countries have no specific legislation in this regard⁴⁶. Consequently, limiting the margin of appreciation of states regarding the means they must use to ensure respect for the right to private and family life of transgender persons would be a fair solution.

53. In CJEU case law, there is recognition of the family status of transgender persons from the perspective of the right to free movement of persons, and less so from the perspective of the right to marriage and parenthood.

54. In conclusion, it can be said that the current protection of the right of transgender persons to start a family remains insufficient. In the absence of a minimum level of harmonization at the European Union level, transgender persons' access to legal family institutions (marriage, civil partnership, filiation, parenthood) continues to be legally vulnerable..

⁴⁴ M. J. C. RUIZ, "Denegación del exequatur de la sentencia extranjera sobre filiación de los menores nacidos mediante gestación por sustitución. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2024", *Cuadernos Derecho Transnacional*, vol. 17, no. 2, 2025, pp. 1126-1148; M. J. C. RUIZ, "Case by Case in Surrogacy: Regarding to the Judgement of the Islas Baleares Provincial Court of 27th April 2021", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, no. 2, October 2022, pp. 1053-1068; A. DURÁN AYAGO, "Nota a la Instrucción de 28 de abril de 2025, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución: entre lo anodino y lo lesivo", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 17, no. 2, 2025, pp. 1155-1163.

⁴⁵ M. J. C. RUIZ, "Surrogacy: international public policy vs. european public policy", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, issue 2, October 2021, pp. 971-1002.

⁴⁶ A. Tryfonidou, "The cross-border legal recognition of parenthood under European law: current law and future prospects," *Journal of Social Welfare and Family Law*, vol. 46, no. 2, 2024, pp. 267-285.

Ética, Derecho y percepción de la Justicia en el entorno digital europeo, con especial referencia al Reglamento de IA

Ethics, Law and perception of Justice in the European digital environment, with special reference to AI Regulation

CARMEN JEREZ DELGADO*
Catedrática de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

Recibido: 21.01.2026 / Aceptado: 11.02.2026

DOI: 10.20318/cdt.2026.10277

Resumen: Este trabajo analiza el uso de la IA por jueces y magistrados europeos desde la perspectiva jurídica, especialmente marcada por el Reglamento (UE) 2024/1689, sin prescindir de aspectos conexos. Al tiempo de su entrega a la revista CDT, se ha publicado en España la Instrucción 2/2026, del Consejo General del Poder Judicial, sobre la utilización de sistemas de inteligencia artificial en el ejercicio de la actividad jurisdiccional (BOE núm. 27 de 30 enero 2026), que viene a corroborar lo que aquí se explica, y que ha sido incorporada al texto.

Palabras clave: Reglamento (UE) 2024/1689, jueces y magistrados, abuso de la IA, responsabilidad, Instrucción 2/2026 del Consejo General del Poder Judicial.

Abstract: This paper deals with the use of AI by judges and magistrates from a legal perspective, particularly marked by the Regulation (EU) 2024/1689, without neglecting related aspects. At the time of submission to the publisher, Instruction 2/2026 of the Spanish General Council of the Judiciary on the use of artificial intelligence systems in the exercise of judicial activity (BOE núm. 27, January 30, 2026) was published, corroborating what is explained here, and has been incorporated into the text.

Keywords: Regulation (EU) 2024/1689, judges and magistrates, abuse of AI, liability, Instruction 2/2026 of the Spanish General Council of the Judiciary.

Sumario: I. Planteamiento. II. Perspectiva ética. III. Perspectiva jurídica. 1. El uso de la IA por la autoridad judicial. A) Las prácticas prohibidas y sus excepciones. B) Los usos admitidos y la distinción de los sistemas de alto riesgo. a) Los usos admitidos en el panorama nacional. b) Los sistemas de alto riesgo conforme al Reglamento IA: La alusión a jueces y magistrados. 2. Requisitos de los sistemas de IA de alto riesgo. A) La supervisión humana. B) La transparencia. C) La trazabilidad. 3. La responsabilidad por el abuso de los sistemas de IA de alto riesgo. IV. Perspectivas sociológica y psicológica, a modo de corolario. V. Conclusiones.

*Investigadora principal del proyecto “Hacia un Derecho procesal de consumo: un paso en la modernización de la jurisdicción civil en el contexto europeo” (PID 2020-117624GB-I00). carmen.jerez@uam.es .

I. Planteamiento

1. La cuestión que planteo aquí es la relativa al uso de la inteligencia artificial (IA) por los jueces y juezas, magistrados y magistradas (en adelante, jueces y magistrados) europeos en el desempeño de sus funciones, y quisiera hacerlo en un tono reflexivo, jurídico-técnico pero abierto al debate, y que toma como referencia necesaria el Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n° 300/2008, (UE) n° 167/2013, (UE) n° 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (DOUE de 12 julio 2024; *Reglamento de Inteligencia Artificial*, en adelante, Reglamento IA en el texto, o RIA cuando acompañe a la referencia a un artículo).

El uso de la inteligencia artificial por jueces y magistrados europeos pone en jaque -se ha dicho- al sistema de reconocimiento mutuo de sentencias en el Espacio Judicial Europeo¹: ¿Se hace de verdad necesario estandarizar los sistemas de IA empleados en este ámbito a fin de solventar las dificultades que pueden presentarse para ese reconocimiento mutuo? La realización del presente estudio me permite opinar sobre la cuestión: Si se siguen las reglas del Reglamento IA, los criterios de transparencia y trazabilidad estarían armonizados; como lo estaría también la necesidad de supervisión humana, con tal que al menos un juez o magistrado (o un mínimo de dos, si se tratasen datos biométricos) la llevase a cabo; pero quizás sí sería muy aconsejable estandarizar los sistemas de IA que puede emplear un juez o magistrado europeo como apoyo para el desempeño de su función jurisdiccional².

En España, este último aspecto ha sido abordado en parte por la Instrucción 2/2026, del Consejo General del Poder Judicial, sobre la utilización de sistemas de inteligencia artificial en el ejercicio de la actividad jurisdiccional (BOE núm. 27 de 30 enero 2026)³, al limitar estos sistemas a los facilitados por el CGPJ o la Administración competente (en adelante, Instrucción CGPJ)⁴.

Más allá del Espacio Europeo de Justicia, sí resulta del todo necesario, a mi juicio, acordar estándares en todos los aspectos citados (transparencia, trazabilidad, supervisión humana, sistemas de IA empleados), a fin de alcanzar la deseada seguridad jurídica a la hora de aplicar convenios internacionales relativos al reconocimiento de decisiones judiciales, tales como -en materia civil y mercantil- el

¹ Como es sabido, el reconocimiento y ejecución de resoluciones mercantiles y civiles en el entorno europeo, está regulado por el Reglamento (UE) n° 1215/2012, del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE de 20 diciembre 2012), que mantiene la lógica de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y coordinación interjurisdiccional del Convenio de Bruselas de 1968, relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Diario Oficial n° C 027 de 26/01/1998 p. 0001-0027), del que puede decirse que sentó las bases para la cooperación judicial en el espacio europeo. ¿Se alteran estas bases cuando un juez hubiera empleado un sistema de IA como ayuda en el desempeño de la función jurisdiccional? A juicio de A.M. LÓPEZ RODRÍGUEZ («Eficacia transfronteriza de decisiones judiciales asistidas por inteligencia artificial en el Espacio Judicial Europeo», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2025, Vol. 17, N° 2, pp. 437-454, p. 454), se hace necesario estandarizar a nivel europeo criterios sobre la transparencia, la supervisión humana, o los sistemas de IA utilizados por jueces y magistrados, a fin de dotar de seguridad jurídica al espacio judicial de la UE. La autora explica que *la convergencia regulatoria* de aspectos tales como la transparencia, las reglas de protección de datos, o la supervisión humana, con ocasión del Reglamento IA o del *Convenio Marco del Consejo de Europa*, viene a facilitar *la interoperabilidad de los sistemas de IA entre jurisdicciones* (p. 451). Por esta razón, a su juicio, *los instrumentos existentes en materia de Derecho internacional privado deben tomar como referencia tanto el RIA como el Convenio Marco del Consejo de Europa sobre inteligencia artificial*; y señala como ejemplo las Reglas Modelo europeas de Proceso civil ELI/UNIDROIT (pp. 452-453).

² El proceso pudiera ir de la mano (aunque no necesariamente) del que se hace necesario para implementar el Reglamento (UE) 2023/2844, del Parlamento europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2023, sobre la digitalización de la cooperación judicial y del acceso a la justicia en asuntos transfronterizos civiles, mercantiles y penales, y por el que se modifican determinados actos jurídicos en el ámbito de la cooperación judicial (DOUE del 27 diciembre 2023), abordado en el V Foro europeo de Derecho internacional privado (al respecto, puede verse la obra colectiva *Digitalización, inteligencia artificial y Derecho internacional privado* coordinada por A.FERNÁNDEZ PÉREZ, Aranzadi-La Ley, 2025; en particular, los dos capítulos autoría de la coordinadora de la obra).

³ Aplicable desde la fecha de su publicación en el BOE (ordinal Decimocuarto de la Instrucción CGPJ).

⁴ Agradezco a la coordinadora de la revista CDT, Isabel Antón Juárez, y a su director, Alfonso Calvo Caravaca, la amabilidad de permitirme actualizar el texto en fecha tan avanzada (30 enero 2026).

denominado nuevo Convenio de Lugano (2007)⁵, o el Convenio de La Haya (2019)⁶. Más aún habida cuenta de las disparidades normativas y tecnológicas existentes entre los diversos países⁷. Espero que este artículo, relativo al uso de la IA por jueces y magistrados europeos conforme a lo dispuesto en el Reglamento IA, contribuya a que el lector se forme una opinión sobre la cuestión planteada, como a la autora le ha sucedido al escribirlo.

2. Para delimitar el alcance de la materia que vamos a tratar, conviene precisar que la definición de la IA en el Reglamento citado abarca sólo los sistemas diseñados para funcionar con cierta autonomía, de modo que a partir de las fuentes de información que se les suministren como punto de partida (*input*), pueden producir resultados (*output*) tales como *predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones* adaptados al caso [artículo 3.1) RIA]. Por tanto, quedan excluidos de nuestra consideración específica, aunque podamos hacer alguna alusión ocasional a ellos, los sistemas basados en la programación informática tradicional o tecnologías para la realización de operaciones automáticas⁸.

3. La característica clave de los sistemas de IA regulados por el Reglamento consiste en su *capacidad de inferencia*, es decir, de alcanzar resultados a partir de la información o los datos de entrada. Aunque la capacidad de inferencia propia de los sistemas de IA objeto de nuestro estudio, se define en términos que por analogía podemos comprender, tales como que estas máquinas pueden desarrollar *estrategias de aprendizaje automático, y estrategias basadas en la lógica*⁹, conviene recordar que sería un craso error identificarlas con la mente humana, pues estos sistemas sólo cuentan con las fuentes de datos que se les suministran, y carecen tanto de la conciencia como de la flexibilidad y las capacidades de ponderación y proyección que tiene el ser humano.

En concreto, a efectos de elaborar el borrador de una sentencia, hay que tener en cuenta que un sistema de IA no tiene juicio propio, sino que extraerá resultados a partir -a lo más- de juicios ajenos sobre casos semejantes al que se trate. Estos juicios ajenos serán el único elemento con el que cuenta para *interpretar* las normas aplicables. Nuevamente empleo una palabra (*interpretar*) que sirva para entendernos, pero sólo se trata de una analogía, pues la IA no puede aplicar los criterios hermenéuticos del artículo 3 del Código civil (por ejemplo, no puede dar solución a una situación sin precedentes conectando el sentido propio de las palabras de las normas existentes con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas)¹⁰.

⁵ Decisión del Consejo de 15 octubre 2007 relativa a la firma, en nombre de la Comunidad, del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (2007/712/CE); DOUE del 21 diciembre 2007.

⁶ Convención de 2 de julio de 2019 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil y Comercial (entrada en vigor el 1 septiembre 2023).

⁷ Una visión panorámica autorizada sobre la diversidad legislativa en el ámbito internacional y la escasa jurisprudencia relacionada hasta el momento es la ofrecida por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, en el Dossier *Inteligencia artificial y Justicia* (Servicio de Documentación Jurídica, Subdirección General de Publicaciones y Documentación, septiembre 2025). Como ha explicado A.M. LÓPEZ RODRÍGUEZ («Eficacia transfronteriza de decisiones judiciales asistidas por inteligencia artificial en el Espacio Judicial Europeo», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2025, Vol. 17, N° 2, pp. 437-454, p. 444), *las resoluciones dictadas -por ejemplo- por los tribunales automatizados chinos podrían motivar el rechazo por parte de otros países con regulaciones más estrictas*.

⁸ Se insiste en esta diferenciación en el considerando (12) RIA.

⁹ Expresiones tomadas del considerando (12) RIA. El legislador europeo afirma en este considerando que la citada capacidad de inferencia de los sistemas de IA *trasciende el tratamiento básico de datos, al permitir el aprendizaje, el razonamiento o la modelización*. Sin embargo, hemos de recordar que este razonamiento se atiene a las estrictas reglas de la lógica, mientras el razonamiento humano está enriquecido con la intuición, la abstracción, la analogía, la verificación de las premisas, o la posibilidad de proyección. En su condición de experto, Moisés BARRIO ANDRÉS [*Reglamento UE de inteligencia artificial (Incluye los actos de desarrollo y ejecución de la AI Act)*], Francis Lefebvre, 2025, p. 21], define la inferencia como un *proceso mediante el cual el sistema utiliza la información disponible para deducir o calcular un resultado, basándose en modelos, algoritmos o reglas establecidos en la fase previa de entrenamiento o construcción*.

¹⁰ Como indica A. PERALTA GUTIÉRREZ («Impacto comparado de la IA en la Administración de Justicia», en *La GuIA práctica de inteligencia artificial*, n° 5, noviembre 2025, Aranzadi-La Ley, pp. 1-30, p. 30), la IA *aporta soluciones lógicas, pero no garantiza la justicia humana*. Por esta razón, a su juicio, la IA sirve como apoyo a la actividad judicial y puede mejorar la productividad, lo que no puede hacer es *sustituir el componente humano esencial*.

4. Los puntos de los que parto para reflexionar sobre el uso por jueces y magistrados de estos sistemas de IA son las perspectivas ética y -principalmente- jurídica, sin dejar de atender a factores de otra índole que influyen en nuestro modo de percibir la justicia cuando nos movemos en el entorno digital y que están presentes tanto en el debate teórico como en la actuación práctica, que -en última instancia- es lo que nos afecta, sea como operadores jurídicos, sea como destinatarios del trabajo de los operadores jurídicos.

II. Perspectiva ética

5. Desde la perspectiva ética, el buen juez se define como aquél que es independiente, imparcial, íntegro, prudente, formado (conoce el Derecho), responsable y con dedicación al desempeño de su función, como quien sirve¹¹. ¿Qué uso de la IA por parte de jueces y magistrados es compatible con esta definición?

6. El pasado 8 de octubre, celebramos en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid el Seminario de profesores titulado *Los Principios de ética judicial a examen: IA y Administración de Justicia*, donde la que fuera miembro experto de la Comisión de ética judicial del Consejo General del Poder Judicial, la Catedrática de Filosofía del Derecho Cristina Hermida del Llano, nos ilustró sobre las cuestiones que plantea el uso de la IA por jueces y tribunales desde una perspectiva ética.

Partiendo de la base de que la persona humana ha de estar *en el centro*, como pieza esencial y más importante de cualquier reflexión o normativa en la materia, nuestra ponente comenzó y concluyó su exposición con sendas preguntas: Cuestionó al inicio si el uso de la IA en este contexto nos permite vivir mejor, salvaguardando siempre los derechos fundamentales, y concluyó dejando en el aire el interrogante de si terminaremos los seres humanos amando nuestro propio sometimiento a las máquinas.

A juicio de Cristina Hermida del Llano, el poder tecnológico no sólo amenaza con romper el equilibrio de los tres poderes constitucionales, sino la imparcialidad, la independencia y la integridad de los jueces. Dicho de otro modo, amenaza con desnaturalizar la esencia del poder judicial¹². Por esta razón, entre otras, es necesaria una regulación legal que garantice un uso de la IA por parte de la Administración de Justicia acorde con el interés general y, por consiguiente, con los derechos fundamentales de la persona. Un uso indebido de la IA en este ámbito -explicó- haría peligrar la confianza de la ciudadanía en la justicia, cuando precisamente está en la base del poder judicial incrementar siempre esa confianza.

7. Parece claro que la reflexión ética exige que la persona humana (y su entorno natural) constituya el valor por excelencia de toda regulación de la materia. Si damos un paso hacia la perspectiva jurídica, el criterio no puede ser distinto, toda vez que los textos constitucionales y los tratados europeos e internacionales en materia de derechos humanos suponen un claro imperativo que debe ser respetado por cualquier otra norma, y que por tanto viene a delimitarla sea expresa o implícitamente.

¿Cuál es el caso, cuando nos referimos al principal texto normativo que hoy rige la materia, esto es, al citado Reglamento europeo de inteligencia artificial¹³?

¹¹ I. SANCHO GARGALLO, «Ética judicial. El paradigma del buen Juez», *ICADE, Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 72, 2007, pp. 117-138, p. 121. Juan DAMIÁN MORENO [«¿En qué consiste ser un buen juez?»], en *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Soletto Muñoz/Carrascosa Miguel (codirs.), 2019, Tirant lo Blanch, pp. 227-236, pp. 235-236] ha insistido en que si bien es importante la integridad de los jueces, lo determinante para garantizar que la decisión es conforme a la ley es su formación, y el fomento de la excelencia profesional.

¹² En este sentido se ha pronunciado la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial (CIEJ), en su Dictamen *sobre el uso ético de la inteligencia artificial en la labor jurisdiccional* (8 de septiembre de 2023). En concreto, el texto se refiere al análisis jurídico y probatorio de casos concretos, afirmando que, si la IA sustituyera plenamente las decisiones humanas en ese ámbito, *se desnaturalizaría el sistema judicial de inspiración democrática*. Y se argumenta sobre el carácter imprescindible del criterio humano en cuestiones que pueden ser *novedosas*, o que implican *zonas grises*, en relación con las que los jueces desempeñan una función de impulso al desarrollo, evolución y adaptación a las necesidades de una sociedad concreta (núm. 43).

¹³ Si bien el Reglamento IA no ha sido el primer texto jurídico en la materia, sí constituye el marco de referencia actual para la gobernanza de la inteligencia artificial.

El Reglamento IA pretende cumplir este imperativo ético, toda vez que en sus primeros considerandos, junto a una declaración general de las ventajas económicas y sociales del desarrollo de la IA (referidas entre otros sectores al ámbito de la justicia)¹⁴, y a una declaración general de la consciencia del legislador de los riesgos que supone esta tecnología -entre los que se encuentra el de *menoscabar los intereses públicos y los derechos fundamentales* amparados por el derecho de la UE-¹⁵, encontramos una tercera declaración general del carácter esencial que tiene que el Reglamento se desarrolle conforme a los valores, derechos y libertades fundamentales reconocidos por el derecho de la UE¹⁶. En el considerando (6) del Reglamento IA, se afirma expresamente que *la IA debe ser una tecnología centrada en el ser humano*; que la IA debe ser una *herramienta para las personas*; y que el objetivo último de la IA debe ser *aumentar el bienestar humano*.

Es más, la centralidad de la persona humana se refleja en el artículo 1 del Reglamento IA, al definir su objeto como la mejora del mercado interior y la promoción de una IA *centrada en el ser humano y fiable*. Por consiguiente, si bien no es el primer objetivo del legislador afirmar la centralidad de la persona humana, sí se tiene en cuenta su primacía, en relación con el tipo de IA que se quiere promover junto a la mejora del funcionamiento del mercado de la UE. Además, existen numerosas delimitaciones estratégicamente ubicadas al final de determinados artículos del Reglamento IA (como sucede también en este primero), que garantizan la protección y el respeto por la salud, la seguridad y los derechos fundamentales de la persona, así como por la democracia, el Estado de Derecho, y el medio ambiente. Esta característica del Reglamento pone de relieve, a su vez, que el legislador es muy consciente de que el uso de la IA no es inocuo, sino que constituye un riesgo para los derechos, instituciones y valores citados, que le mueve a tomar medidas severas que afectan tanto a los *proveedores*¹⁷ de sistemas de IA, como a los profesionales usuarios de los mismos, denominados *responsables del despliegue*^{18, 19}.

En otros textos europeos encontramos también declaraciones expresas en este sentido. Por ejemplo, el Consejo de Europa ha consensuado un convenio en materia de IA con el objetivo de garantizar que las actividades realizadas contando con la IA sean plenamente respetuosas con los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho²⁰, y -por otra parte- el Parlamento Europeo, en su Resolución de 3 de mayo de 2022, sobre la inteligencia artificial en la era digital ha declarado que *la IA debe ser una tecnología centrada en el ser humano y fiable*²¹. Previamente, el Consejo de Europa había acordado los

¹⁴ Considerando (4) RIA. A ello contribuyen las Directrices (2019) del Grupo independiente de expertos de alto nivel sobre IA, a que alude el legislador en el Considerando (27) RIA.

¹⁵ Considerando (5) RIA.

¹⁶ Considerando (6) RIA. Volvemos a encontrar declaraciones de intenciones en este sentido constantemente. Por ejemplo, en los Considerandos (8-10) RIA, que incluyen referencias especiales al derecho fundamental a la protección de datos personales.

¹⁷ Se define como proveedor en el Reglamento de IA a la *persona física o jurídica, autoridad pública, órgano u organismo* que desarrolle o para quien se desarrolle *un sistema de IA o un modelo de IA de uso general* y lo ponga en servicio o introduzca en el mercado con su propia marca o nombre, sea gratuitamente o a cambio de un precio [artículo 3.3) RIA].

¹⁸ El Reglamento de IA define como responsable del despliegue a la *persona física o jurídica, o autoridad pública, órgano u organismo que utilice un sistema de IA bajo su propia autoridad* y en el marco de una actividad profesional (artículo 3.4 RIA). Moisés BARRIO ANDRÉS («Los sujetos obligados en el Reglamento UE de inteligencia artificial», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2025, Vol. 17, N° 2, pp. 69-79, p. 73) explica que los usuarios de IA que son *denominados jurídicamente como responsables del despliegue, son actores que utilizan un sistema de IA "bajo su autoridad", lo que debe interpretarse como el ejercicio de cierto grado de control sobre el sistema*.

¹⁹ Las obligaciones de los responsables del despliegue de sistemas de IA de alto riesgo (artículo 26 RIA coinciden en parte, pero no en todo, con las obligaciones de los proveedores (importadores y distribuidores incluidos). Estas últimas son más exigentes (artículos 16 y 25 RIA, y artículos intermedios, en particular, 22-24).

²⁰ *Council of Europe Framework Convention on Artificial Intelligence and Human Rights, Democracy and the Rule of Law*, CETS N° 225, Vilnius, 5.IX.2024, Artículo 1. Este convenio no entrará en vigor hasta que haya sido ratificado por cinco Estados, de los cuales al menos tres sean miembros del Consejo de Europa.

²¹ Con estas palabras se declara la centralidad de la persona humana en el punto (7) de la Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de mayo de 2022, sobre la inteligencia artificial en la era digital (2020/2266(INI)), entre otros (por ejemplo, en los puntos número 117, 137, 224, o 265). En su introducción (1) se explica que el Parlamento Europeo *hace hincapié en que se ha de configurar la transformación digital dentro del pleno respeto de los derechos fundamentales* y de modo que la tecnología digital esté al servicio de *la humanidad*. La Resolución citada tuvo en cuenta la Comunicación de la Comisión, de 8 de abril de 2019, titulada *Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano* (COM(2019)0168).

principios que sirven como punto de partida en relación con el uso de la IA, dirigidos todos a garantizar la primacía de la protección de la persona y sus derechos fundamentales²².

En sentido semejante, en el considerando (27) del Reglamento IA se alude a los siete principios enunciados como *Directrices éticas* por el Grupo independiente de expertos de alto nivel sobre IA²³. Aunque se trata de principios no vinculantes, tienen por finalidad impulsar tanto la fiabilidad como el *fundamento ético de la IA*. Por su alusión a la ética y porque el legislador del Reglamento IA insta a todos los interesados a que tengan en cuenta estos principios éticos, conviene citarlos aquí. Son los siguientes:

- 1º El principio de *acción y supervisión humanas*, que pretende garantizar el respeto por la dignidad humana.
- 2º El principio de *solidez técnica y seguridad*, que busca reducir en lo posible los daños que pudieran generarse por el uso de los sistemas de IA.
- 3º El principio de *gestión de la privacidad y de los datos*, que alude a que toda actividad debe realizarse en consonancia con la normativa europea de protección de la intimidad y los datos personales.
- 4º El principio de *transparencia*, que se enuncia en el doble sentido de que el sistema facilite la trazabilidad para dar explicación de los procesos seguidos, a la vez que garantice que tanto el usuario profesional del sistema o responsable del despliegue sea consciente de las características y límites del sistema de IA con el que interactúa, como que el tercero que pueda resultar afectado conozca sus derechos.
- 5º El principio de *diversidad, no discriminación y equidad*, cualidades referidas tanto a los agentes de los sistemas de IA, como a los terceros afectados por los resultados del uso de dichos sistemas.
- 6º El principio de *bienestar social y ambiental*, que no sólo alude al respeto al medio ambiente y a la sostenibilidad, sino también -nuevamente- al cuidado de la persona, de la sociedad y de la democracia.
- 7º El principio de *rendición de cuentas*, relacionado el de transparencia.

8. En cuanto a la función judicial, ante el carácter todavía difuso de las reglas del juego, y a la vista de los riesgos que se asumen pero también de las ventajas que los sistemas de IA pueden reportar para el desempeño de las tareas que le son propias, es normal que se demande una normativa sectorial²⁴ que garantice *la justicia en un entorno de creciente automatización*, con la debida definición de la responsabilidad de los *actores involucrados*²⁵, y la necesaria diferenciación de tareas en las que la IA puede servir de apoyo o soporte en el ámbito de la Administración de Justicia. Esta demanda ha sido en parte atendida por la citada Instrucción CGPJ que, tomando como referencia tanto el Reglamento IA como

²² Carta ética europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno (Comisión europea para la eficiencia de la justicia, CEPEJ), Estrasburgo, 3-4 de diciembre de 2018 [CEPEJ (2018) 14]. El texto enumera los siguientes principios: (1º) El principio de respeto de los derechos fundamentales; (2º) el principio de no discriminación; (3º) el principio de calidad y seguridad; (4º) el principio de transparencia, imparcialidad y equidad; (5º) el principio conforme al cual los resultados o las decisiones han de estar bajo el control del usuario. A la luz de este texto y de los antes citados, se puede concluir -con Encarnación ABAD ARENAS («La utilización de la inteligencia artificial en el sistema judicial: Marco ético», en *Inteligencia artificial y protección de datos. Desafíos en la era digital*, Colex, 2025, pp. 41-71)- que los principios éticos por los que debe regirse el uso de la inteligencia artificial en el ámbito jurídico encuentran su razón de ser en el respeto de los derechos fundamentales y en la autonomía y dignidad de las personas (p. 66).

²³ *Ethics Guidelines for Trustworthy AI* (2019). El Grupo de expertos independientes se estableció por la Comisión Europea en 2018.

²⁴ F. ZUIDERBEEN BORGESIU, «Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making», publicado por el Consejo de Europa (Dirección General para la democracia, 2018). El autor explica que una regulación generalista no es suficiente, porque las cuestiones que surgen en cada sector son distintas. A su juicio, se requiere más debate e investigación multidisciplinar (p. 73).

²⁵ VV.AA., «Ética y responsabilidad en el uso de la IA en procesos judiciales», en *Verdad y Derecho. Revista arbitrada de ciencias jurídicas y sociales*, volumen 3 (especial 2), 2024, pp. 239-246, conclusiones.

la Política de uso de la inteligencia artificial en la Administración de Justicia²⁶, parte de los principios de control humano efectivo; no sustitución de los jueces y magistrados; responsabilidad judicial; independencia judicial; respeto a los derechos fundamentales; confidencialidad y seguridad; prevención de sesgos algorítmicos; proporcionalidad y uso limitado; y, por último, formación y capacitación²⁷.

Desde el punto de vista ético, no es lo mismo el uso de un sistema de IA en una oficina judicial para la compilación de datos o la programación de audiencias, que el uso de un sistema de IA para tomar decisiones de modo autónomo. Esta última función debe vetarse a la IA, ya que afecta a los derechos fundamentales de la persona y habida cuenta de que los sistemas de IA no tienen capacidad para emitir una valoración moral, ni pueden *comprender el contexto emocional o psicológico de una situación concreta*, ni interpretar el espíritu de la norma, que son aspectos inherentes a la función jurisdiccional, en cuyo desempeño el juez goza del *margen de discrecionalidad*²⁸. En este sentido, se ha recordado que la IA no sólo es una inteligencia sin ética ni conciencia, sino que está sujeta a hackeos, errores, desfases y sesgos²⁹.

III. Perspectiva jurídica

9. *En consonancia con la presunción de inocencia, las personas físicas de la Unión siempre deben ser juzgadas basándose en su comportamiento real. Las personas físicas nunca deben ser juzgadas a partir de comportamientos predichos por una IA basados únicamente en la elaboración de sus perfiles (...).*

Esta cita del considerando (42) del Reglamento IA atrae nuestra atención sobre un ejemplo gráfico de los riesgos que los sistemas de IA pueden suponer para las personas en el ámbito de la Administración de Justicia, según el uso que de ellos se haga.

10. Con la publicación del Reglamento IA de 2024 que -como indiqué al inicio- será el marco jurídico de la materia objeto de estudio, el legislador de la Unión ha tomado medidas precisas y directamente aplicables, dirigidas a la protección de las personas ubicadas en la UE ante el uso de sistemas avanzados de IA con carácter general, que obligan a proveedores y responsables del despliegue de sistemas de IA establecidos en la UE o cuyos resultados se utilicen en la UE³⁰. Y lo hace con una doble distinción, en función del *riesgo*³¹ que implique el uso al que se destinen: De un lado, distingue entre sistemas de IA prohibidos (artículo 5 RIA) y los restantes sistemas, cuyo uso está permitido (artículo 5 RIA, *a contrario sensu*, y artículos 6 y siguientes RIA); y, de otro lado, dentro de los sistemas cuyo uso se permite, el legislador europeo distingue -según el riesgo que ese uso supone-, entre los que son de alto riesgo (artículo 6 RIA), para los que exige notables requisitos (artículos 8-15 RIA), y los que no lo son (artículo 6 RIA, *a contrario sensu*; y artículos 51 y siguientes RIA).

En relación con la materia objeto de estudio, se consideran sistemas de alto riesgo -sin género de duda- aquéllos capaces de proporcionar el borrador de una resolución judicial, cuyo uso estaría pro-

²⁶ Publicada por la Secretaría General del Comité Técnico Estatal de la Administración Judicial Electrónica en junio de 2024.

²⁷ Ordinal Cuarto de la Instrucción CGPJ.

²⁸ Parafraseando aquí el Dictamen del CIEJ *sobre el uso ético de la inteligencia artificial en la labor jurisdiccional* (2023), núms. 11, 40 y 53. El Dictamen recomienda que se excluyan los usos de IA, en el ámbito de la función jurisdiccional, relativos a *razonamientos complejos*, o a la *ponderación en las decisiones judiciales*, así como la predicción de resultados o la determinación de probabilidades de que una persona vuelva a delinquir, mientras que recomienda su uso para *tareas repetitivas* relativas a formularios, cumplimiento de requisitos, y otras gestiones de esta índole (núm. 54).

²⁹ M. DE ASÍS PULIDO, «Ética de la Inteligencia Artificial jurídica aplicada al proceso», *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 48, 2023, pp. 60-79, p. 64. Inspirándose en textos de *soft law* existentes al tiempo de la publicación, el autor propone los siguientes principios éticos de la IA aplicada al proceso judicial: La no discriminación; la protección y calidad de los datos; la precisión, solidez y seguridad del sistema; la transparencia de los algoritmos; la imparcialidad del sistema (que no existirá cuando el uso del mismo implique el recurso por la IA a datos sesgados); la colaboración del jurista-técnico en el diseño de los sistemas; y, por último, el control humano del sistema.

³⁰ El Reglamento de IA protege a las personas ubicadas en la UE que puedan resultar afectadas por el uso de sistemas de IA [artículo 2.1.g) RIA]. En cuanto a los sujetos obligados, véase el artículo 2 RIA.

³¹ Como ha expresado Moisés BARRIO ANDRÉS [*Reglamento UE de inteligencia artificial (Incluye los actos de desarrollo y ejecución de la AI Act)*], Francis Lefebvre, 2025, p. 38, 180], *el RIA sigue un paradigma regulador basado en el riesgo*.

hibido si no mediase intervención humana para modificar y/o validar los resultados; mientras que se consideran dentro del grupo restante los dirigidos a *interactuar* con personas físicas (los denominados *chatbots*), o los sistemas correctores de textos, entre otros³². Más adelante profundizamos en ello. Antes quisiera matizar que, en relación con la panorámica general presentada de distinción entre sistemas prohibidos, sistemas de alto riesgo y el resto de los sistemas, ni una ni otra diferenciación quedan nítidamente definidas en el Reglamento de IA, como el blanco se distingue del negro, sino que hay margen para los grises:

En primer lugar, el artículo 5 RIA, enumera las prácticas de IA prohibidas, pero lo hace no al estilo *numerus clausus*, sino *numerus apertus*, ya que en su último párrafo (el número octavo) incluye las *prohibiciones aplicables cuando una práctica de IA infrinja otras disposiciones de Derecho de la Unión*. Lógicamente, bajo esta disposición pueden entenderse prohibidas todas las prácticas que infrinjan cualesquiera derechos fundamentales y garantías amparados por el Derecho de la Unión.

En segundo lugar, al establecer los criterios de clasificación de los sistemas de alto riesgo, el legislador deja constancia de varias incertidumbres que sólo la práctica llegará a aclarar: Muestra de ello es que se legitime expresamente a la Comisión para modificar lo establecido *cuando existan pruebas concretas y fiables de que es necesario para mantener el nivel de protección de la salud, la seguridad y los derechos fundamentales* (artículo 6.7 RIA, como también artículo 7 RIA, ambos relativos a los sistemas de alto riesgo descritos en el anexo III RIA). Esta apertura a futuras modificaciones conforme a lo que la experiencia vaya aconsejando es positiva, a mi juicio, y conecta directamente con la materia objeto de estudio pues -entre los sistemas de IA a los que se refiere el anexo III RIA- se encuentran los destinados a determinados usos que puede hacer la Administración de Justicia, según veremos a continuación.

11. Queda así de manifiesto tanto que el legislador es muy consciente de los riesgos que ciertos usos de la IA suponen para la persona humana, como que no quiere dar la espalda a las ventajas que su uso supone, de modo que apuesta por admitir el uso, pero adoptando medidas que garanticen del mejor modo la protección integral de las personas y la sociedad, cuando los derechos fundamentales están en riesgo³³. Así, la opción por el enfoque antropocéntrico, que constituye una intencionada aportación europea³⁴, lejos de frenar el avance tecnológico, implementa los sistemas de IA avanzada, con medidas de apoyo a la innovación (artículos 57-63 RIA), pero también con las debidas cautelas.

12. Veamos, en primer lugar, las normas jurídicas que -a nivel nacional y europeo- regulan el uso de los sistemas de IA por parte de la Administración de Justicia, determinando los contornos de lo admitido y lo prohibido. Y veamos después las medidas que el legislador europeo ha adoptado para garantizar la protección de los derechos fundamentales de la persona, cuando quedan expuestos a mayor riesgo, es decir, los anunciados requisitos que deben cumplir los sistemas de IA de alto riesgo para su puesta en circulación en el mercado europeo.

1. El uso de la IA por la autoridad judicial

13. Para abordar la cuestión del uso de la IA por jueces y magistrados desde una perspectiva jurídica debemos tener en cuenta, junto al Reglamento (UE) 2024/1689 sobre inteligencia artificial, la normativa nacional en la materia, incluyendo la citada Instrucción CGPJ y la Política de uso de la inteli-

³² A los *chatbots* se les aplica el régimen dispuesto en el artículo 50 RIA. Los *sistemas de bajo o nulo riesgo*, como el corrector de textos, no están regulados directamente en el RIA, aunque se haga alguna alusión a ellos [véase, al respecto, lo explicado por M. BARRIO ANDRÉS, *Reglamento UE de inteligencia artificial (Incluye los actos de desarrollo y ejecución de la AI Act)*, Francis Lefebvre, 2025, p. 179, 1501].

³³ En este sentido, en el artículo 27 RIA se regula la obligación que pesa sobre entidades públicas y privadas que vayan a desplegar determinados sistemas de IA de alto riesgo, de evaluar el impacto del sistema en cuestión sobre los derechos fundamentales.

³⁴ Véase el punto 104 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de mayo de 2022, sobre la inteligencia artificial en la era digital (2020/2266(INI)).

gencia artificial en la Administración de Justicia, aprobada por el Pleno del Comité Técnico Estatal de la Administración Judicial Electrónica (CTEAJE) el día 21 de junio de 2024³⁵. A diferencia de lo que hace el Reglamento europeo citado, que limita su ámbito a los sistemas de IA avanzada (capaces de cierta autonomía), la legislación española se refiere a un concepto amplio de IA que abarca también sistemas menos avanzados y automáticos³⁶.

Si atendemos a las funciones propias de la Administración de Justicia, comprobamos que para las más sencillas está ampliamente admitido en España el uso de sistemas de IA, mientras que para las más complejas, exclusivas de los jueces y magistrados, se toman más cautelas. En concreto, se admitirá que el juez o el magistrado se apoye en un sistema de IA para obtener el borrador de una posible sentencia, pero en ningún caso se admitirá que las sentencias o los autos judiciales se expidan de modo automático, es decir, sin la intervención humana. En España, los jueces y magistrados sólo pueden utilizar para el desempeño de la función jurisdiccional los sistemas de IA que la Administración competente en materia de Justicia, o el Consejo General del Poder Judicial, pongan a su disposición con esta finalidad [artículo Quinto (*Sistemas de IA permitidos en el ejercicio de la actividad jurisdiccional*), párrafo 1, Instrucción CGPJ]³⁷.

Junto a las tareas que ya tenemos asumido que realiza sin problemas un sistema de IA al servicio de la Administración de Justicia, tales como la anonimización de sentencias para su registro público a fin de preservar la privacidad con la debida protección de los datos personales, o bien el resumen de sentencias a fin de facilitar el conocimiento de su contenido en un menor lapso de tiempo³⁸, existen otras funciones que resultan más controvertidas. Por esta razón, en el panorama europeo encontramos prácticas prohibidas y sistemas de IA declarados de alto riesgo, para cuya puesta en circulación en el mercado deberá quedar garantizado el cumplimiento de notables requisitos.

A) Las prácticas prohibidas y sus excepciones

14. Ya hemos visto que el artículo 5 del Reglamento IA enumera las prácticas de IA prohibidas, y lo hace con la técnica del *numerus apertus*, dejando en su último apartado una prohibición general de cualquier uso contrario al Derecho de la Unión: El legislador blindo así la seguridad y los derechos fundamentales de las personas con tuerca y contratuerca (artículo 5.8 RIA). Al conectar esta regla general con la función de los jueces y magistrados, parece claro que, entre los derechos fundamentales de las personas que pudieran quedar afectadas por un sistema de IA que expidiera de modo automático autos o sentencias de carácter ejecutivo se contarían los derechos a la seguridad jurídica (artículo 9 CE) y a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE). Por esta razón, se prohíbe un sistema de estas características: *La utilización de herramientas de IA puede apoyar el poder de decisión de los jueces o la independencia judicial, pero no debe sustituirlas: la toma de decisiones finales debe seguir siendo una actividad humana* [Considerando (61) RIA]³⁹.

³⁵ Como antes se indicó, este último documento ha sido tenido en cuenta por la Instrucción CGPJ de 28 de enero de 2026 (BOE núm. 27 de 30 enero 2026) sobre la materia, por lo que muchos de sus aspectos quedan subsumidos en la Instrucción. No obstante, cabe destacar que el CTEAJE presenta en el texto citado (Anexo II) un cuadro indicativo de *usos permitidos y prohibidos*, en el que se especifican las autoridades que deben ser consultadas a efectos de obtener la autorización requerida para determinados usos, conforme a la política aprobada por este organismo.

³⁶ La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE núm. 167 de 13 julio 2022, LIITND), se aplica -entre otros ámbitos- a la IA [artículo 3.1.o) LIITND], y prevé medidas para lograr la igualdad y no discriminación cuando se utilicen mecanismos automatizados de toma de decisiones (artículo 23 LIITND).

³⁷ En la Exposición de motivos introductoria de la Instrucción CGPJ se da cuenta de los trabajos que vienen desarrollándose en este sentido, que incluyen los sistemas de IA capaces de elaborar borradores de sentencias (apartado V), si bien -como veremos- la Instrucción CGPJ se ocupa de delimitar las condiciones para el uso de estos sistemas.

³⁸ Puede verse online el Asistente de documentos con IA (del Ministerio de la presidencia, justicia y relaciones con las Cortes), para la anonimización y el resumen de documentos, aplicación dirigida especialmente a los profesionales de la justicia: [ADIA - Asistente de Documentos con IA - Servicio Público de Justicia](#) [fecha de consulta: 20.11.2025]. La anonimización de documentos es una exigencia de la normativa en materia de protección de datos y es expresamente impulsada por el legislador europeo en el considerando (69) RIA.

³⁹ En el considerando (179) RIA, relativo a la fecha de entrada en vigor del Reglamento de IA el 2 de agosto de 2026, se

Al desgranar las prácticas prohibidas en los anteriores apartados del citado artículo 5 RIA, el legislador europeo hace alusión directa a algunas relacionadas con la actividad judicial (y policial), que son las que aquí más nos interesan. En particular, se trata de las siguientes prácticas relativas a la jurisdicción penal⁴⁰, que -si bien están prohibidas como regla general-, no dejan de tener también excepciones o salvedades a las que debemos atender (artículo 5 RIA). Así:

- a) Si bien se prohíbe el uso de sistemas de IA para evaluar el riesgo de que una persona delinca a partir exclusivamente de sus datos o perfil personal, o basadas en sus rasgos y personalidad, se admite este uso cuando una valoración *se base en hechos objetivos y verificables* relacionados directamente con la acción constitutiva del delito⁴¹.
- b) Si bien se prohíbe en general el *uso de sistemas de identificación biométrica*⁴² remota «en tiempo real» en espacios de acceso público, este uso se admite cuando sea imprescindible para localizar o identificar al sospechoso de haber cometido determinados delitos, en la fase de investigación, enjuiciamiento o ejecución de sanción penal⁴³. En estos casos de excepción a la prohibición, o uso permitido de sistemas de identificación biométrica remota, estaremos ante sistemas de alto riesgo en la medida en que es posible que los resultados arrojen algún tipo de sesgo o discriminación, especialmente por razón de edad, etnia, raza, sexo o discapacidad⁴⁴.

15. Una vez apuntados, a grandes rasgos, los usos de la IA prohibidos en la práctica judicial, me referiré a continuación a los sistemas de IA que están admitidos, distinguiendo entre ellos muy particularmente a los considerados de alto riesgo, que tienen un régimen más estricto.

B) Los usos admitidos y la distinción de los sistemas de alto riesgo

16. En relación con el uso de la IA por parte de jueces y magistrados, es importante distinguir entre los sistemas de IA avanzada (que funcionan con cierta autonomía), y los sistemas de IA menos complejos. Como vimos, el Reglamento de IA se ocupa principalmente de los primeros, habida cuenta de que la definición de IA que toma como punto de partida se refiere a ellos en particular. Sin embargo, en la legislación nacional anterior al citado Reglamento europeo, se tienen en cuenta unos y otros indistintamente, por lo que en este apartado trataremos de dar una visión de conjunto.

indica que las prohibiciones se tendrán en consideración como riesgos inaceptables incluso con anticipación, *por ejemplo, en el ámbito del Derecho civil*.

⁴⁰ Habida cuenta de la relevancia que va a tener en el futuro el dominio de estos márgenes de actuación no siempre claramente definidos en el Reglamento de IA, por más que se haya intentado a través de una normativa detallada, la doctrina española ha publicado ya aportaciones de interés al respecto. Entre ellas, la obra colectiva titulada *La inteligencia artificial y su aplicación en el sistema de justicia penal* (2025), dirigida por M^a Lourdes Noya Ferreiro y coordinada por M^a Ángeles Catalina Benavente (Aranzadi), cuenta con interesantes aportaciones en la materia. En esta obra, por ejemplo, se defiende que el juez de lo penal no puede dictar sentencia basándose en un pronóstico elaborado por un sistema de IA, ya que éste no es apto para valorar la peligrosidad del delincuente, aspecto que incide en la *fundamentación de la agravante por reincidencia* y en la adopción de medidas tales como *la libertad vigilada o en la sustitución de las penas privativas de libertad* [G. QUINTERO OLIVARES, «Los límites de la aportación de la Inteligencia Artificial al derecho penal», en *La Inteligencia artificial y su aplicación en el sistema de justicia penal*, M.L. Noya (dir.)/M.A. Catalina (coord.), Aranzadi, 2025, pp. 21-46, pp. 41]. Lo anterior lleva al autor a rechazar la posibilidad de que pueda dictarse sentencia utilizando un sistema de IA en los casos en que hay que valorar la peligrosidad del delincuente, porque el sistema de IA hace valoraciones en función de experiencias ajenas al justiciable, que es *titular del derecho a un juicio justo con todas las garantías* (p. 42).

⁴¹ Artículo 5.1.d) RIA.

⁴² Se entiende por datos biométricos los *datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico* y que se refieran a caracteres físicos o fisiológicos, o de conducta, de una persona natural, tales como la imagen facial, las huellas dactilares o la palma de las manos (artículo 3.34 RIA).

⁴³ Artículo 5.1.h) iii) RIA.

⁴⁴ Considerando (54) RIA. Se excluyen expresamente de la consideración de sistemas de IA de alto riesgo tanto los sistemas biométricos que se destinan a la autenticación de personas físicas (con el fin de confirmar que son quienes dicen ser), como los dirigidos en exclusiva a facilitar la ciberseguridad y la protección de datos. Sin embargo, se consideran de alto riesgo los destinados a conocer las emociones a partir del uso de datos biométricos.

a) Los usos admitidos en el panorama nacional

17. En el panorama nacional, la apuesta por la digitalización de la Administración de Justicia es clara, aunque -como afirma Sonia Calaza López, con su característica expresividad- *el compromiso institucional con la Justicia se asienta más en grandilocuentes palabras que en consistentes inyecciones económicas*⁴⁵.

A la espera de la aprobación y publicación de una ley para el uso y gobernanza de la IA⁴⁶, que quizás detalle algo más en este ámbito, la normativa vigente no sólo no descarta la *actuación judicial automatizada*, sino que la prevé expresamente como práctica procesal: Ya lo hizo el legislador en la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia (BOE núm. 160 de 6 julio 2011)⁴⁷, y ha seguido en la misma línea al derogarla con el Real Decreto-Ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo⁴⁸.⁴⁹ A la vez, el Real Decreto-Ley 6/2023 citado, excluye expresamente el automatismo en aquellas funciones del juez que requieran interpretación jurídica, solución corroborada por la Instrucción CGPJ, como veremos a continuación.

Del Real Decreto-Ley 6/2023, cabe aquí destacar los siguientes aspectos:

- (1º) En su exposición de motivos, el legislador deja constancia de que la transformación digital de la Administración de Justicia está al servicio de los ciudadanos, y de su derecho a la tutela judicial efectiva, con el claro fin de agilizar trámites y facilitar el acceso a la Justicia, *respetando como esencia insustituible de la potestad jurisdiccional las misiones de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*⁵⁰.
- (2º) El artículo 56.2 dispone que los sistemas automatizados de la Administración de Justicia se utilizarán para *actuaciones de trámite o resolutorias simples, que no requieren interpretación jurídica*, entre las que se encuentran tanto la numeración o paginación de expedientes, como la *comprobación de representaciones*, o la *declaración de firmeza* cuando proceda⁵¹.
- (3º) El artículo 1.3 del Real Decreto-Ley citado, subraya el carácter *instrumental* de la tecnología, que sirve de *soporte y apoyo* a la jurisdicción, *con pleno respeto a las garantías procesales y constitucionales*; En concreto, el artículo 57 del Real Decreto-Ley 6/2023, especifica que son *actuaciones asistidas* aquellas para las que el sistema de IA genere *un borrador total o parcial de documento complejo basado en datos, que puede ser producido por algoritmos, y puede constituir fundamento o apoyo de una resolución judicial o procesal*, sin que *en ningún caso* pueda considerarse ese borrador una resolución judicial ni procesal, pues para ello se requiere imperativamente la intervención humana de la auto-

⁴⁵ S. CALAZA LÓPEZ, «¿Qué pesa más en la balanza de la IA judicial, la transparencia o la protección de datos?», en *Inteligencia artificial y protección de datos. Desafíos en la era digital*, Colex, 2025, pp. 15-18, p. 16.

⁴⁶ Al respecto, puede verse el Anteproyecto de ley para el buen uso y la gobernanza de la inteligencia artificial (Secretaría de Estado de digitalización e inteligencia artificial, Ministerio para la transformación digital y de la función pública).

⁴⁷ El artículo 42 preveía la programación de sistemas informáticos al efecto, con el correspondiente *control de calidad*. Esta práctica la refería el legislador a actos muy variados, tales como la presentación y almacén o archivo de documentos, gestión de expedientes, tareas repetitivas (por ejemplo, la anonimización de un documento), copias, certificados, la declaración de firmeza conforme a la ley procesal, o la comunicación entre distintos sectores de la Administración.

⁴⁸ Disposición derogatoria única.

⁴⁹ El artículo 56.2 del Real Decreto-Ley 6/2023, enumera -entre otras actuaciones automatizadas- las siguientes: La numeración de los expedientes y su paginado; el envío de asuntos al archivo cuando proceda; la generación de copias, certificados y libros; la comprobación de documentos de representación; y la declaración de firmeza conforme a la ley procesal.

⁵⁰ Exposición de motivos, apartado II, párrafo 14. En el mismo apartado se explica que la norma potencia el *expediente judicial electrónico* (al menos en lo relativo al acceso a la justicia, identificación y firma de los intervinientes no presenciales), así como la interoperabilidad de los diversos sistemas (*como mínimo*, el judicial y el fiscal en cuanto a expedientes, documentos y datos se refiere).

⁵¹ Esta última robotización no se ha implementado hasta el momento (A. PERALTA GUTIÉRREZ, «Impacto comparado de la IA en la Administración de Justicia», en *La GuIA práctica de inteligencia artificial*, nº 5, noviembre 2025, Aranzadi-La Ley, pp. 1-30, p. 27).

ridad a quien corresponda (juez/a, magistrado/a, fiscal, o letrado/a de la Administración de Justicia), que es tan libre como responsable de validar o modificar el documento, de modo total o parcial.

En el mismo sentido, la Instrucción CGPJ detalla las finalidades para las que los jueces y magistrados pueden hacer uso de los sistemas de IA: En primer lugar, para buscar *información jurídica*, lo que incluye tanto la normativa como la doctrina y la jurisprudencia, así como la *recuperación de antecedentes procesales o documentales*; en segundo lugar, para analizar, clasificar y estructurar *información, documentos o datos contenidos en actuaciones judiciales*; en tercer lugar, para elaborar *esquemas, resúmenes o borradores de trabajo*, si bien estos no pueden ni tener carácter decisorio ni reemplazar la *redacción personal* de las decisiones judiciales; y, en cuarto lugar, para el desarrollo de tareas de apoyo a la preparación del trabajo jurisdiccional [artículo Sexto (*Usos permitidos de los sistemas de IA en el ejercicio de la actividad jurisdiccional*)], apartado 3, Instrucción CGPJ].

Llegados a este punto, queda clarificada la pregunta de si -conforme al Derecho nacional- puede un juez o un magistrado utilizar un sistema de IA para dictar una resolución judicial. Con todo, el CGPJ ha optado por ser aún más explícito y, en el apartado 4 del mismo artículo Sexto de la Instrucción de enero de 2026 que estamos citando, especifica que el uso de sistemas de IA para elaborar un borrador de resolución judicial sólo puede hacerse conforme a lo que dispone en el artículo Séptimo (*Borradores de resoluciones judiciales o procesales*); esto es, que los borradores de una resolución judicial estén generados por sistemas de IA facilitados por la Administración competente o por el CGPJ (que, como antes se indicó, son los únicos que pueden utilizarse para el ejercicio de la función jurisdiccional en España); que sean validados personalmente por el juez una vez revisados del todo de modo crítico; que *en ningún caso* tengan efecto automático; y que se generen sólo por voluntad del juez o magistrado, que podrá modificarlos con libertad en su totalidad. Y no se queda aquí el CGPJ, sino que insiste con tres ordinales más, el Octavo (*Usos no permitidos de los sistemas de IA en el ejercicio de la actividad jurisdiccional*)⁵², el Noveno (*Sistemas de IA no permitidos en el ejercicio de la actividad jurisdiccional*)⁵³, y el Décimo (*Sistemas de IA y protección de datos personales*), en los que -junto a nuevos matices (como el relativo a la protección de datos⁵⁴)- vuelve a recordar lo antes apuntado.

Como veremos a continuación, la solución es fiel a lo que dispone el Reglamento europeo de IA (si bien la Instrucción CGPJ añade el aludido requisito de que los sistemas de IA que se empleen por jueces y magistrados en el ejercicio de la función jurisdiccional en España sean exclusivamente los suministrados por la Administración competente o el Consejo General del Poder Judicial).

b) Los sistemas de alto riesgo conforme al Reglamento IA: La alusión a jueces y magistrados

18. Recordemos que, en el Reglamento europeo de IA, el legislador ha querido distinguir expresamente los sistemas de alto riesgo, esto es, los que supongan *un riesgo importante de causar un perjuicio a (...) la seguridad o los derechos fundamentales de las personas físicas*, así como los que puedan *influir sustancialmente en el resultado de la toma de decisiones* (artículo 6.3 RIA, *a contrario sensu*). Por tanto, pertenecerán a este grupo los sistemas de IA que faciliten el borrador de una resolución judicial. Sin embargo, los sistemas que ayuden a los jueces y magistrados en otro tipo de tareas no

⁵² Por su importancia en lo que aquí respecta, destacamos que la Instrucción CGPJ especifica en su ordinal Octavo que no pueden los jueces y magistrados delegar en la IA ni las tareas de *valoración de los hechos o de las pruebas*; ni las de interpretación del Derecho y su aplicación; ni las de elaboración de perfiles de personas, *predicción de comportamientos, evaluación de riesgos o clasificación de sujetos, fuera de los supuestos expresamente autorizados*.

⁵³ Se aclara en este ordinal Noveno de la Instrucción CGPJ que los jueces y magistrados no pueden incorporar datos judiciales a los sistemas de IA facilitados por la Administración competente o el CGPJ (únicos admitidos como ayuda en el desempeño de la actividad judicial en España), pero sí pueden utilizar estos sistemas para elaborar resúmenes, traducciones, o analizar *fuentes jurídicas, doctrinales o técnicas* si las fuentes utilizadas son de uso legítimo [párrafo segundo del ordinal Noveno, en relación con la definición de *fuentes abiertas* del ordinal Tercero, letra g), de la Instrucción CGPJ].

⁵⁴ En relación con la protección de datos personales en este ámbito, junto a lo dispuesto en el ordinal Décimo, puede verse también el ordinal Octavo, letra d), de la Instrucción CGPJ.

quedan sometidos al rigor y exigencias de los requisitos⁵⁵ que deben cumplir los sistemas de alto riesgo, pues no entran en esta catalogación (artículo 6.3 RIA).

Si bien es cierto que el legislador emplea un criterio genérico al explicar, que no entrañan *un riesgo considerable* de provocar un daño los sistemas de IA *que no influyen sustancialmente en la toma de decisiones*, entendiendo por tales aquéllos que en ningún caso afectan al *fondo*, *ni por consiguiente al resultado, de la toma de decisiones*, sea o no automatizada, también lo es que enumera una serie de condiciones que -de concurrir (una o varias de ellas)- justificarían que un sistema de IA pueda excluirse de los calificados como de alto riesgo⁵⁶. Estas condiciones son las siguientes:

- 1ª Que se refiera a *una tarea de procedimiento delimitada* (por ejemplo, la estructuración de datos; la clasificación de documentos; o la detección de duplicados; entre otras).
- 2ª Que se trate de una tarea consistente en la mejora de una actividad humana previa (por ejemplo, mejora del lenguaje dándole *un tono profesional* o académico, entre otros).
- 3ª Que el sistema de IA se utilice como herramienta para detectar *patrones de toma de decisiones o desviaciones* en relación con patrones previos de toma de decisiones (por ejemplo, detectando posibles incoherencias o anomalías), sin suplir la supervisión humana.
- 4ª Que la tarea esté al servicio de una evaluación humana posterior (por ejemplo, una indexación; la traducción de textos; la búsqueda; la conexión de datos; o el tratamiento de textos y *del habla*).

19. Parece claro que en la redacción del texto de una resolución judicial no concurre ninguna de las anteriores condiciones: Introducir en una aplicación informática los hechos de un caso (*input*), con la finalidad de que el sistema de IA emita el borrador de una sentencia o de un auto judicial, excede cualquiera de las tareas enumeradas y produce un resultado (*output*) capaz de influir en la toma de decisiones del juez, magistrado o, en su caso, del operador de un MASC. Por esta razón, no cabe excluir ese sistema de ser catalogado como sistema de IA de alto riesgo, consideración que lleva asociada de modo imperativo la supervisión humana, entre otros requisitos que consideraremos en el siguiente epígrafe.

Es más, la principal alusión al uso de la IA por jueces y magistrados en el Reglamento de IA aparece en su anexo III.8 RIA⁵⁷: En él se declaran sistemas de alto riesgo los *destinados a ser utilizados por una autoridad judicial en la investigación e interpretación de hechos y de la ley, así como en la aplicación del Derecho a un concreto conjunto de hechos*⁵⁸. La norma se extiende a los medios alternativos de solución de conflictos (MASC), tales como la negociación, o un acto de conciliación, de mediación, o el arbitraje.

20. En el apartado 6 del mismo anexo III, se declaran de alto riesgo los sistemas de IA empleados para garantizar el cumplimiento del Derecho, con funciones tales como la elaboración de *perfiles de personas físicas* o la evaluación por la autoridad competente de la *fiabilidad de las pruebas durante la investigación o el enjuiciamiento de delitos*, o bien la evaluación de *rasgos y características de la personalidad o comportamientos delictivos pasados*, usos que estarían también en principio permitidos siempre que el sistema cumpla con los requisitos exigidos para los sistemas de alto riesgo (anexo III.6 RIA)⁵⁹. Lo mismo puede decirse de los polígrafos y herramientas semejantes dirigidas a detectar si una persona dice la verdad⁶⁰.

⁵⁵ Artículos 6 y 8-15 RIA.

⁵⁶ Considerando (53) RIA.

⁵⁷ Al anexo III, titulado *Sistemas de IA alto riesgo a que se refiere el artículo 6, apartado 2*, se remite -como el título indica- el artículo 6.2 RIA, siendo el artículo 6 el dedicado a las *reglas de clasificación de los sistemas de IA de alto riesgo*.

⁵⁸ La cita textual del anexo III.8 RIA en la versión oficial en español publicada en EUR-Lex expresa este último inciso del siguiente modo: *así como en la garantía del cumplimiento del Derecho a un conjunto concreto de hechos*. En la versión inglesa (a mi juicio, más clara), se dice *and in applying the law to a concrete set of facts*. Puede verse también el considerando (61) RIA.

⁵⁹ Los sistemas de IA destinados a elaborar perfiles de personas físicas se consideran siempre de alto riesgo, sin que se aplique en ningún caso lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 6.3 RIA para evitar dicha clasificación (artículo 6.3, último párrafo, RIA).

⁶⁰ Considerando (59) RIA.

21. Estos sistemas de IA son considerados sistemas de alto riesgo en la medida en que su uso puede afectar a la dignidad humana, y a derechos tales como *el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, los derechos de la defensa y la presunción de inocencia, y el derecho a una buena administración*, entre otros⁶¹.

Al calificarlos como sistemas de alto riesgo, el Reglamento IA admite que tanto las autoridades judiciales⁶² como los operadores de los MASC, utilicen sistemas de IA para el desempeño de sus funciones más importantes, esto es, las citadas investigación e interpretación de hechos y textos normativos⁶³, y la aplicación del Derecho a los hechos concretos objeto de la controversia⁶⁴. Lo anterior no excluye que determinados usos de sistemas de alto riesgo puedan quedar prohibidos por imperativo de otras normas, tales como la legislación en materia de protección de datos personales, que por esta razón deberán ser tenidas en cuenta⁶⁵.

22. Como necesaria contrapartida a la admisibilidad del uso de sistemas de alto riesgo, su puesta en el mercado requiere un control más exigente en cuanto a los requisitos que deben concurrir tanto para su puesta en circulación como para el control de su seguimiento y resultados, con la consiguiente responsabilidad por los posibles incumplimientos (en cuanto susceptibles de producir un daño), que pesa sobre los productores⁶⁶ y los responsables del despliegue⁶⁷ de estas herramientas tecnológicas⁶⁸. Por ejemplo, se requiere que los sistemas de alto riesgo cuenten con un sistema de gestión de riesgos establecido por el proveedor, cumplan con los adecuados estándares de calidad, o que sean aptos tanto para la conservación de registros como para la transparencia y la supervisión humana, entre otras exigencias que se detallarán a continuación.

2. Requisitos de los sistemas de IA de alto riesgo

23. La puesta en el mercado de sistemas de IA de alto riesgo no se autorizará al proveedor, a menos que se garanticen las medidas necesarias para proteger la salud, la seguridad, y los derechos fundamentales de las personas⁶⁹. Junto a otros requisitos (tales como la calidad y el sistema de gestión

⁶¹ Considerando (48) RIA. Para clasificar un sistema como de alto riesgo se tiene en cuenta tanto la gravedad del daño que puede producir, como su probabilidad [considerando (52)].

⁶² Según explica M. BARRIO ANDRÉS [*Reglamento UE de inteligencia artificial (Incluye los actos de desarrollo y ejecución de la AI Act)*], Francis Lefebvre, 2025, p. 108, 750], por *autoridad judicial* debe comprenderse tanto fiscales y funcionarios judiciales, como jueces y magistrados.

⁶³ Como también ha explicado M. BARRIO ANDRÉS [*Reglamento UE de inteligencia artificial (Incluye los actos de desarrollo y ejecución de la AI Act)*], Francis Lefebvre, 2025, p. 108, 750], la referencia a la ley incluye a los reglamentos y cualquier norma jurídica.

⁶⁴ Conforme indica M. BARRIO ANDRÉS [*Reglamento UE de inteligencia artificial (Incluye los actos de desarrollo y ejecución de la AI Act)*], Francis Lefebvre, 2025, pp. 108-109, 752] se admiten aquí no sólo los *sistemas de asistencia que estructuran y resumen expedientes*, o los que *sugieren fuentes que deben tenerse en cuenta* (por ejemplo, *resoluciones judiciales o bibliografía académica*), sino también los que *preparan borradores de resolución*.

⁶⁵ El legislador tiene interés en dejar constancia de ello. Puede verse en este sentido el considerando (63) RIA.

⁶⁶ A efectos de garantizar la seguridad jurídica, en determinadas circunstancias relacionadas con sistemas de alto riesgo (por ejemplo, cuando se ponga en él un nombre o marca comercial, o si modifica el sistema de alto riesgo), se considera proveedor a *cualquier distribuidor, importador, responsable del despliegue u otro tercero*, que asumirá las obligaciones correspondientes [considerando (84) RIA].

⁶⁷ Los responsables del despliegue deben evaluar su impacto en los derechos fundamentales antes de la puesta en funcionamiento (y actualizar la evaluación, si cambian los factores de impacto), a fin de determinar los riesgos que existen para las personas que puedan resultar afectadas y definir las *medidas que deben adoptarse* en caso de materializarse alguno de esos riesgos [Considerando (96) RIA]. El legislador se refiere, en concreto, a los responsables del despliegue cuando sean, bien *organismos de Derecho público*, bien *entidades privadas que presten servicios públicos*, o bien *entidades bancarias o de seguros*.

⁶⁸ Considerandos (79) y (84) RIA.

⁶⁹ Como ha explicado M. BARRIO ANDRÉS [*Reglamento UE de inteligencia artificial (Incluye los actos de desarrollo y ejecución de la AI Act)*], Francis Lefebvre, 2025, p. 78, 501), *los sistemas de IA que el legislador de la Unión considera que plantean un riesgo elevado, pero no inaceptable, están sujetos a obligaciones muy estrictas a fin de preservar los valores y derechos fundamentales de la UE*.

de riesgos)⁷⁰, hay tres mecanismos de defensa o principios rectores en materia de sistemas de IA de alto riesgo que presentan especial interés desde la perspectiva que aquí estamos tratando. Son los siguientes: (1º) que el sistema de IA esté habilitado para la supervisión humana; (2º) que esté habilitado para la transparencia; y, (3º) que esté habilitado para la trazabilidad. Veamos qué repercusión tienen estos requisitos en relación con el trabajo de jueces y magistrados que utilicen sistemas de IA avanzada como apoyo en el desempeño de sus funciones.

A) La supervisión humana

24. La supervisión humana viene exigida en el artículo 14 del Reglamento IA, con el objetivo de proteger a la persona humana y, en particular, su salud, seguridad y derechos fundamentales (artículo 14.2 RIA). La persona no se confía en absoluto al mero cuidado de una máquina, por muy perfecta que sea. Por el contrario, se pretende *prevenir o reducir al mínimo* el riesgo que corren sus derechos fundamentales, en concreto si estos riesgos persisten a pesar del cumplimiento de los restantes requisitos exigidos a los sistemas de IA de alto riesgo.

Con este fin, se dispone que los sistemas sean supervisados o *vigilados de manera efectiva por personas físicas* mientras se hace uso de ellos, tarea que implica el uso de las herramientas adecuadas, garantizado por el proveedor⁷¹. En la práctica judicial, el requisito de la supervisión humana evita que un auto o sentencia sea expedido de modo automático con eficacia frente a terceros, sin validación previa de la autoridad competente, juez o magistrado.

25. El Reglamento de IA precisa que al menos un profesional evalúe los resultados arrojados por el sistema de IA consultado, con la responsabilidad de contrastarlos debidamente y -según el caso- corregirlos o confirmarlos. Aunque el artículo 14 RIA, relativo a la supervisión humana, es genérico y no está dedicado al ejercicio de una concreta profesión, sí hace alusión particular, en su último apartado, al uso de sistemas de IA de alto riesgo *con fines de garantía del cumplimiento del Derecho*, para admitir que la verificación pueda realizarse por una sola persona física.

Una excepción a lo anterior la constituyen aquellos casos en que, para la obtención de resultados, se hubiera trabajado con un sistema de identificación biométrica remota, pues el Reglamento de IA

⁷⁰ Junto a los requisitos de transparencia, trazabilidad y supervisión humana, los sistemas de IA de alto riesgo deben cumplir también los siguientes requisitos:

(1) Se debe establecer y mantener un sistema de gestión de riesgos que revise en primer lugar los riesgos para la salud, seguridad y derechos fundamentales [artículo 9.2.a) RIA]. Al respecto, pueden verse los considerandos (64) y (65).

(2) Debe garantizarse la calidad de los datos suministrados a los sistemas de IA de alto riesgo, y con esta finalidad *se someterán a prácticas de gobernanza y gestión de datos* centradas, entre otros aspectos, en examinar si existen sesgos que puedan afectar negativamente a la salud, seguridad y derechos fundamentales de las personas [artículo 10.2.f) RIA], y se procurará que los datos suministrados al sistema carezcan de errores y sean lo más completos posible con vistas a su finalidad (artículo 10.3 RIA). Son responsables del sistema de gestión de la calidad los proveedores (artículo 17 RIA), que deberán también conservar la documentación correspondiente [artículo 18.1.b) RIA].

(3) El sistema de IA de alto riesgo debe contar con la correspondiente documentación técnica antes de su puesta en el mercado, que se actualizará mientras esté en uso el sistema (artículo 11 RIA).

(4) El sistema de IA de alto riesgo debe garantizar la precisión, solidez y ciberseguridad adecuada. Por ejemplo, mediante copias de seguridad o la previsión de medidas de actuación ante la aparición de posibles fallos (tales como bucles de retroalimentación), conforme al artículo 15 RIA.

Los requisitos de los sistemas de IA de alto riesgo están previstos en la Sección 2 del Capítulo III RIA (artículos 8 a 15) y a ellos se refiere el legislador en el considerando (66) y siguientes, además de en los ya citados (64) y (65) en lo que se refiere al sistema de gestión de riesgos. El cumplimiento de estos requisitos será supervisado por la autoridad de vigilancia del mercado competente, en su condición de «productos que presentan un riesgo» que afecta a la seguridad y derechos fundamentales de las personas (artículo 79 RIA).

⁷¹ El artículo 14.1 RIA se refiere en particular a herramientas de interfaz humano-máquina, es decir, a herramientas HMI (*human machine interface*), que son paneles de control que conectan al usuario con la máquina para controlar su actividad en tiempo real. Además, el legislador europeo insiste en que cuando proceda (y aquí debemos incluir los usos de estas herramientas por jueces y magistrados), el sistema garantice que *las personas físicas a quienes se haya encomendado la supervisión humana* sean las competentes y autorizadas para el desarrollo de la función correspondiente [considerando (73) RIA].

requiere entonces un mínimo de dos supervisores. Aunque el legislador europeo deja expresamente en manos del legislador nacional o de la Unión decidir en qué casos sería desproporcionado el requisito de la verificación por pares, sí la exige sin embargo para la toma de decisiones basada en resultados arrojados por sistemas de identificación biométrica remota (artículo 14.5 RIA, apartados 2 y 1, respectivamente). En el considerando (73) RIA se explica la supervisión humana *reforzada* que se requiere para estos últimos⁷².

26. Para cumplir bien su cometido, el juez o magistrado debe ser consciente no sólo de las capacidades, sino de las limitaciones del sistema y de la tendencia a confiar excesivamente en ellos (lo que el Reglamento de IA denomina *sesgo de automatización*), debiendo descartar o invalidar los resultados cuando sea oportuno y bajo su personal responsabilidad (artículo 14.4 RIA). Al servicio de este conocimiento están previstas medidas de alfabetización (artículo 4 RIA) y transparencia (artículo 13 RIA).

B) La transparencia

27. Transparencia significa información, dirigida tanto al profesional usuario del sistema de IA como al tercero que pueda resultar afectado por el uso del mismo: Aunque inicialmente puede parecer que el requisito de transparencia va dirigido exclusivamente a capacitar a los responsables del despliegue para que hagan un uso e interpretación responsable del *output* o resultado proporcionado por el sistema de IA de alto riesgo (artículo 13.1 RIA), en realidad el requisito de transparencia llega más lejos.

De la lectura del Reglamento IA se desprende que el requisito de transparencia vela por la información, y lo hace en un doble sentido: De un lado, el proveedor del sistema de IA de alto riesgo debe garantizar la información del profesional usuario (o responsable del despliegue) a través de las instrucciones de uso del sistema, y de otra parte, el responsable del despliegue debe informar al tercero que pueda resultar afectado por el resultado, que se ha hecho uso de un sistema de IA de alto riesgo. Veámoslo con más detalle:

En primer lugar, la información que el proveedor debe proporcionar al responsable del despliegue o profesional usuario del sistema de IA de alto riesgo se refiere tanto a las *características, capacidades y limitaciones* del sistema, como a las medidas de supervisión humana exigidas por el Reglamento IA (incluyendo las pautas técnicas que facilitan la interpretación de los resultados *-output-* por los responsables del despliegue), entre otros aspectos (artículos 13 y 50⁷³ RIA).

En segundo lugar, el responsable del despliegue debe informar al tercero afectado sobre el uso de un sistema de IA de alto riesgo en el proceso de toma de decisiones o producción de un resultado que le concierne⁷⁴. Si analizamos esta obligación de información desde la perspectiva de la Administración de Justicia, cabe destacar los siguientes aspectos:

- 1º Desde el punto de vista del sujeto obligado, la obligación compete en particular a los jueces y magistrados, en cuanto responsables del despliegue: El artículo 26.11 del Reglamento de IA se refiere en concreto a los sistemas de IA del anexo III, entre los que recordemos se cuentan los sistemas que ayudan a tomar decisiones a jueces y magistrados (anexo III.8 RIA).
- 2º En el lado pasivo de la obligación de información se encuentran los posibles afectados. Aunque la versión inglesa del artículo 26.11 del Reglamento de IA se refiere sólo a las personas físicas o naturales (*natural persons*), entiendo que la misma regla se aplicará cuando

⁷² Además, en el considerando (159) RIA, el legislador europeo explica que las autoridades de vigilancia del mercado deben tener facultades efectivas, en relación con estos sistemas, tanto para la investigación y acceso a los datos personales tratados, como para la corrección de errores detectados (el considerando citado se refiere a facultades correctoras, sin más).

⁷³ El artículo 50.1 RIA exige que el proveedor garantice que las personas físicas que interactúen con los sistemas de IA estén informados de ello, salvo que sea evidente.

⁷⁴ C. MUÑOZ GARCÍA, «Enfoque holístico del RIA y necesaria cohesión con otras normas a actualizar, entre otras, responsabilidad civil y Derecho de consumo», en *La evolución de los derechos subjetivos. Nuevos derechos, nuevas cuestiones jurídicas*, J. Agudo/C. Jerez (codirs.), AFDUAM (UAM-BOE), núm. 29, 2025, pp. 315-351, pp. 337-339.

el tercero sea una entidad o persona jurídica, en la medida en que esté integrada por personas físicas o éstas resulten o puedan resultar afectadas.

- 3º En cuanto al contenido de la información, será el correspondiente al uso que se ha hecho de la IA para tomar la decisión final o como ayuda para tomarla [considerandos (27) y (93) RIA, y artículo 26.11 RIA]⁷⁵.
- 4º Junto a lo anterior, cabe destacar que el Reglamento de IA crea a favor de los afectados por las decisiones basadas en la IA, un nuevo *derecho a explicación de decisiones tomadas individualmente* (artículo 86 RIA), sobre el que volveré en el apartado relativo a la responsabilidad por el abuso de sistemas de IA de alto riesgo.

28. Por lo demás, cuando los sistemas de IA no sean de alto riesgo no queda especificada esta obligación de transparencia, salvo que supongan riesgos de suplantación de la persona o engaño, en cuyo caso se aplican medidas especiales de transparencia, sean o no sistemas de alto riesgo: En este sentido, se impone la obligación de *notificar* a las personas físicas expuestas, que sus datos biométricos están siendo tratados por un sistema capaz de inferir de ellos *sus emociones o intenciones o incluirlas en categorías específicas*⁷⁶.

C) La trazabilidad

29. El requisito de trazabilidad está conectado con el de transparencia (considerando 27 RIA), y se refiere, en particular, a la conservación automática de registros (*archivo de registros*) de la actividad desarrollada con sistemas de IA de alto riesgo (artículo 12 RIA). Los *sistemas de IA de alto riesgo deben permitir técnicamente el registro automático de acontecimientos, mediante archivos de registro, durante toda la vida útil del sistema*⁷⁷. En particular, el requisito de trazabilidad supone la obligación de que los registros tengan capacidad de almacenar los datos necesarios para detectar la situación que ha dado lugar a un daño a la salud, la seguridad o los derechos fundamentales de las personas⁷⁸, así como para facilitar la vigilancia poscomercial de los sistemas de IA de alto riesgo⁷⁹.

30. Esta exigencia permite garantizar que el uso de la IA pueda ser revisado por los responsables del despliegue (en nuestro caso, jueces y magistrados), a efectos de localizar un error por parte del sistema. En la medida en que dicho fallo pueda afectar a la seguridad o los derechos fundamentales de las personas, nace para el responsable del despliegue no sólo la consiguiente obligación de reportarlo inmediatamente al *proveedor o distribuidor y a la autoridad de vigilancia del mercado*⁸⁰ pertinente,

⁷⁵ En particular, el legislador europeo explica el papel que desempeñan los responsables del despliegue en la información a los afectados, cuando utilicen sistemas de alto riesgo cuyos resultados afecten a la toma de decisiones relacionadas con ellos [considerando (93) RIA].

⁷⁶ Considerando (132) RIA.

⁷⁷ Considerando (71) RIA.

⁷⁸ Así se deduce de lo dispuesto en el artículo 12.2 RIA, en conexión con los artículos citados en él (en particular el artículo 79.1 RIA, al que también alude el artículo 26.5 RIA). El artículo 20.2 RIA dispone que tanto el proveedor como el responsable del sistema investiguen las causas de los riesgos de que un sistema afecte negativamente a la salud, seguridad o derechos fundamentales de las personas, y lo comuniquen a la correspondiente autoridad de vigilancia del mercado. El importador, por su parte, está obligado a informar al proveedor y, en su caso, al representante autorizado en la UE del proveedor, así como a las autoridades de vigilancia del mercado, si el sistema de IA de alto riesgo puede afectar negativamente a la salud, seguridad o derechos fundamentales de las personas (artículo 23.2 RIA). Idéntica obligación corresponde al distribuidor de un sistema de IA de alto riesgo, que debe comunicarlo al proveedor o -en su caso- importador del producto (artículo 24.2 y 24.4 RIA).

⁷⁹ Conforme a las medidas previstas en el artículo 72 RIA.

⁸⁰ En los ámbitos que aquí estamos tratando, las autoridades previstas para garantizar la conformidad de las mercaderías [conforme a lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2019/1020, del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativo a la vigilancia del mercado y la conformidad de los productos] pudieran ser, si se aprueba el Anteproyecto de ley para el buen uso y la gobernanza de la inteligencia artificial (Ministerio para la transformación digital y de la función pública, Secretaría de Estado de digitalización e inteligencia artificial, 2025), las siguientes: De un lado, la Dirección de supervisión y control de protección de datos del Consejo General del Poder Judicial, para los sistemas de IA de alto riesgo utilizados por la Administración de Justicia conforme a lo previsto en el Anexo III.8.a) RIA, y de otro lado, la Agencia Española de Protección

sino la de suspender el uso del sistema. Si el incidente es grave, se notificará a todos ellos (artículo 26.5 RIA).

Lógicamente, el archivo de registros permitirá además detectar un uso indebido del sistema que haya podido causar un daño a tercero, aspecto importante a efectos de exigir responsabilidad al causante del daño. Por esta razón, debemos prestar atención a factores tales como quién o quiénes son los sujetos obligados a conservar los archivos, y durante cuánto tiempo están obligados a conservarlos.

31. La obligación de conservar los archivos corresponde tanto al proveedor del sistema de IA de alto riesgo (en la medida en que *estén bajo su control*), como a los responsables del despliegue (también en la medida en que *estén bajo su control*), siendo -en ambos casos- el tiempo mínimo de conservación de los archivos, de seis meses (artículos 19.1 y 26.6 RIA, respectivamente). Sin embargo, puesto que la trazabilidad está al servicio de la finalidad a la que se destina el sistema de IA de alto riesgo (artículo 12.2 RIA), es posible afirmar que ese plazo de conservación de archivos será superior a seis meses cuando la finalidad del sistema sea facilitar el trabajo de la Administración de Justicia. En estos casos, a mi juicio, deberá conservarse la documentación mientras los resultados puedan afectar a terceros. Aunque el legislador europeo deja abierta la posible regulación de la materia del plazo de conservación de estos archivos de registros, sea por el legislador de la Unión, sea por el nacional, sí se ocupa de indicar que deben conservarse por quien tenga el sistema bajo control -sea el proveedor, sea el responsable del despliegue- *durante un periodo de tiempo adecuado para la finalidad prevista del sistema de IA de alto riesgo* (artículos 19.1 y 26.6 RIA, respectivamente).

3. La responsabilidad por el abuso de los sistemas de IA de alto riesgo.

32. Siguiendo la terminología del Reglamento IA, son responsables del despliegue las personas físicas o jurídicas, autoridades públicas, órganos u organismos que utilicen con fines profesionales un sistema de IA *bajo su propia autoridad* [artículo 3.4) RIA]. La expresión «bajo su propia autoridad» *debe entenderse como la asunción de responsabilidad sobre la decisión de desplegar el sistema y sobre la forma de su uso real en la práctica*⁸¹. Por tanto, los responsables del despliegue son sujetos activos de la responsabilidad por el uso que hagan de los sistemas de IA de alto riesgo bajo su autoridad, cuando se cause daño a terceros.

El uso de la IA se convierte en mal uso o abuso cuando se infringe la obligación de velar por la salud, seguridad y los derechos fundamentales de la persona, la democracia, el Estado de Derecho, o el medio ambiente, que sería contrario a los objetivos del Reglamento de IA (artículo 1 RIA). Entre otras, corresponde entonces aplicar las medidas de responsabilidad civil dirigidas a reestablecer al perjudicado en la situación en que estaría en el caso de que se hubiera actuado diligentemente, esto es, en caso de haberse hecho buen uso de la IA. Es de aplicación aquí, entretanto no exista una norma especial al efecto⁸², lo dispuesto en el Derecho común: En concreto el sistema de responsabilidad civil, contractual -cuando proceda- y extracontractual (conforme al cual, quien causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia -sea por acción, sea por omisión- está obligado a indemnizar el daño causado)⁸³.

de Datos y las autoridades autonómicas de protección de datos para lo que se refiere a sistemas de IA de alto riesgo empleados para garantizar el cumplimiento del Derecho conforme a lo previsto en el Anexo III.6 RIA.

⁸¹ M. BARRIO ANDRÉS, *Reglamento UE de inteligencia artificial (Incluye los actos de desarrollo y ejecución de la AI Act)*, Francis Lefebvre, 2025, p. 26, 97.

⁸² Al parecer, no llegará a aprobarse la proyectada directiva sobre responsabilidad en materia de IA, esto es, la Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo, relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (Bruselas, 28.9.2022). En España, la responsabilidad civil extracontractual está regulada por el Derecho común (artículos 1902 y siguientes CC), complementado -ocasionalmente- por leyes especiales (tal es el caso de la responsabilidad de los jueces y magistrados, como veremos a continuación).

⁸³ Si estuviéramos hablando del trabajo de los operadores jurídicos de los MASC, pudiéramos hablar de responsabilidad contractual en la medida en que su trabajo se haya concertado mediante un contrato, directamente o a través de una entidad, por ejemplo, de mediación, conciliación y/o arbitraje. En el caso de los jueces y magistrados, la responsabilidad de la Administración de Justicia frente al tercero afectado será de naturaleza extracontractual. Como concluye Carmen MUÑOZ GARCÍA

A nivel nacional, la Agencia Española de Supervisión de la IA (AESIA, dependiente de la Secretaría de Estado de Digitalización e IA del Ministerio para la Transformación Digital y de la Función Pública), se ha creado con la finalidad, entre otras, de supervisar *la puesta en marcha, uso o comercialización* de sistemas que incluyan IA, en particular aquéllos que mayor riesgo supongan para la salud, seguridad y derechos fundamentales de las personas. En relación con el sector de la Justicia, se delegan competencias en el Consejo General del Poder Judicial⁸⁴.

33. Si atendemos en particular a la responsabilidad de jueces y magistrados -penal, civil y/o disciplinaria⁸⁵-, podemos preguntarnos qué uso de los sistemas de IA de alto riesgo por estos profesionales en el desempeño de sus funciones puede causar un daño a tercero del que deban responder, o bien, cuándo podemos hablar de un mal uso o abuso de los sistemas de IA de alto riesgo.

El daño derivado del uso de un sistema de IA de alto riesgo por el juez o por el magistrado, puede tener lugar por una acción o por una omisión en el desempeño de la función jurisdiccional. Si tenemos en cuenta que un sistema de IA capaz de preparar un borrador de una resolución judicial o sentencia tras la introducción de los hechos del caso es un sistema de IA de alto riesgo y, por tanto, su uso sólo está permitido en la medida en que exista supervisión humana, todos coincidiremos en afirmar que el requisito de supervisión no se cumple de modo exclusivamente formal, sino que debe existir en todo caso una acción positiva, real y eficaz, de supervisión: Supervisar implica *prevenir o reducir al mínimo los riesgos para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales* (artículo 14.2 RIA). La máquina no debe realizar el trabajo del juez o magistrado, aunque pueda agilizarlo o facilitarlo. En este sentido, la Instrucción CGPJ no admite que los jueces y magistrados incorporen a resoluciones judiciales textos generados por la IA sin que exista antes *una validación crítica, completa y personal* por su parte⁸⁶.

Por esta razón, la responsabilidad del juez o magistrado (o primeramente del Estado, si nos referimos al ámbito civil) por un mal uso o abuso de la IA, comienza con el incumplimiento del deber de supervisión de los resultados arrojados por el sistema de IA de alto riesgo consultado. Debemos distinguir entre la supervisión formal o formalizada, y la supervisión real y eficaz. El hecho de que estos sistemas lleven incorporado por exigencia del Reglamento IA un dispositivo para garantizar que el resultado de una consulta no pueda ser directamente ejecutable frente a los particulares afectados, sino que requiera intervención humana, no garantiza en absoluto que la supervisión real y eficaz haya tenido lugar, sino que sencillamente facilita localizar a la persona responsable del daño, en caso de producirse.

34. La omisión de la supervisión humana, real y eficaz, significa un mal uso o abuso de la IA en el contexto que estamos tratando. Constituye imprudencia grave que el juez o magistrado se apoye en los resultados de la búsqueda sin una supervisión real y eficaz, hecho que dará lugar a responsabilidad si como consecuencia se dicta una resolución injusta provocando un daño. Si se dicta una resolución injusta en ausencia de supervisión real y se provoca con ello un daño a tercero, el hecho de haber clicado la casilla correspondiente a la supervisión de los resultados (supervisión formal) no obsta a que nazca la responsabilidad correspondiente; y lo mismo cabe decir de una supervisión realizada con negligencia grave por parte del juez o magistrado, que haría ineficaz el acto mismo de supervisión. En ambos casos

[«Enfoque holístico del RIA y necesaria cohesión con otras normas a actualizar, entre otras, responsabilidad civil y Derecho de consumo», en *La evolución de los derechos subjetivos. Nuevos derechos, nuevas cuestiones jurídicas*, J. Agudo/C. Jerez (codirs.), AFUDAM (UAM-BOE), núm. 29, 2025, pp. 315-351, p. 348], en relación con los posibles daños derivados del uso de la IA, *siempre nos quedará la responsabilidad civil, contractual y extracontractual*.

⁸⁴ M. BARRIO ANDRÉS, *Reglamento UE de inteligencia artificial (Incluye los actos de desarrollo y ejecución de la AI Act)*, Francis Lefebvre, 2025, pp. 237-238, 2345, 2347 y 2348. El autor hace alusión a la normativa autonómica valenciana, extremeña y gallega, en materia de IA (p. 239, 2350). Al respecto, véanse los considerandos I (párrafo tercero) y III-V de la Instrucción CGPJ, así como su ordinal Quinto (*Sistemas de IA permitidos en el ejercicio de la actividad jurisdiccional*, segundo párrafo); y, en relación con la protección de datos, su ordinal Duodécimo (*Supervisión y control del Consejo General del Poder Judicial*).

⁸⁵ No abordaré aquí la responsabilidad disciplinaria. Al respecto, puede verse: B. ANGLÉS JUANPERE, «La responsabilidad de jueces y magistrados», *Revista CEFLEGAL*, n.º 134, 2012, pp. 107-142. El autor aborda la responsabilidad penal, civil (aunque en este punto hay que tener en cuenta la supresión posterior de los artículos correspondientes en la LOPJ, por la reforma de 2015), y disciplinaria de los jueces y magistrados.

⁸⁶ Ordinal Octavo, letra c), Instrucción CGPJ.

concurren todas las circunstancias jurídicamente relevantes para que la víctima pueda exigir una indemnización o compensación del daño por responsabilidad civil extracontractual, esto es, concurren la omisión o la acción culpable, el daño, y el nexo causal entre lo primero y lo segundo (artículo 1902 CC)⁸⁷.

35. Desde la perspectiva penal, hay que contemplar la posibilidad de incurrir en delito de prevaricación por un mal uso por el juez o magistrado de un sistema de IA de alto riesgo (artículo 447 CP), mientras que la perspectiva civil nos conduce a la posible responsabilidad patrimonial del Estado, propia de la actuación de jueces y magistrados.

36. En España, así como la responsabilidad penal de los jueces y magistrados se rige por el Código penal (CP), su responsabilidad civil se redirige -como veremos- a las normas de la responsabilidad patrimonial del Estado, aunque -cuando se trate de responsabilidad civil derivada de delito- pudiera solicitarse por la vía penal [artículo 37 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE núm. 236 de 2 octubre 2015), LRJSP, y artículo 115 CP]⁸⁸. Si bien es cierto que el Estado debe responder frente a la víctima del daño con el pago de la indemnización correspondiente, también lo es que podrá después repetir el cobro frente al juez o magistrado que actuó con culpa grave⁸⁹ o con dolo, sin perjuicio de la posible responsabilidad disciplinaria en que pudiera incurrir [artículos 106.1, 117 y 121 CE; artículos 16 y 296.2 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder judicial (BOE núm. 157 de 2 julio 1985), LOPJ; artículo 36 LRJSP; y, subsidiariamente, artículo 1902 CC]⁹⁰. La Instrucción CGPJ deja claro que el juez o magistrado que recurra al uso de un sistema de IA lo hará bajo su *exclusiva responsabilidad*⁹¹.

Desde la Ley 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder judicial (BOE núm. 174 de 22 julio 2015), el perjudicado carece de acción directa frente al juez o al magistrado para reclamar la indemnización por responsabilidad civil y debe solicitarla vía responsabilidad patrimonial por error judicial o por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, lo que implica la necesidad de obtener previa resolución judicial de reconocimiento del error, que a su vez debe instarse en un plazo de tres meses (artículos 292 y siguientes LOPJ). Para exigir la responsabilidad civil correspondiente, de naturaleza extracontractual, se aplican primeramente las reglas de la responsabilidad patrimonial del Estado⁹², es decir, la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE núm. 174 de 22 julio 2015, LPACAP, artículos 91 y 92), y los artículos 32 a 35 LRJSP. Si, presentada la acción, no se resuelve en el plazo de

⁸⁷ Desde una perspectiva de Derecho internacional privado europeo, A. ORTEGA GIMÉNEZ («Competencia judicial internacional y necesaria cohabitación entre el Reglamento “Bruselas I bis”, el Reglamento General de Protección de Datos de la UE y el nuevo Reglamento europeo de Inteligencia Artificial», *Revista española de Derecho internacional*, vol. 77, 2025, 2, pp. 237-255) ha puesto de relieve las dificultades para determinar la competencia judicial internacional cuando proceda, si -como consecuencia de un mal uso de la IA- se ha causado un daño resarcible por responsabilidad civil extracontractual.

⁸⁸ En su apartado segundo, este artículo especifica que *la exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial* iniciados, salvo que sea necesario determinar los hechos en el orden penal para determinar la responsabilidad patrimonial.

⁸⁹ Se ha explicado que la responsabilidad de los jueces se aleja de la responsabilidad objetiva y se vincula por regla general a la culpa grave: *Se exige al juez que aplique todos sus conocimientos técnicos y jurídicos y la necesaria dedicación a la correcta resolución del caso* (E. ARIAS-SALGADO ROBSY, *La responsabilidad personal del juez*, Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, RAJL, Granada, 29.20.2013, p. 18, adviértase que el texto es anterior a la reforma de la LOPJ de 2015, que suprimió la responsabilidad civil directa de los jueces y magistrados, sin que la reforma afecte a lo que aquí citamos). La autora añade que se incurre en responsabilidad no tanto por un desacierto como por el incumplimiento *patente* y clamoroso de la obligación citada, *causando un daño*.

⁹⁰ Según B. ANGLÈS JUANPERE («La responsabilidad de jueces y magistrados», *Revista CEFLEGAL*, n° 134, 2012, pp. 107-142, pp. 138-139), en la práctica es difícil que el Tribunal Supremo reconozca la responsabilidad del juez o magistrado, pues exige que exista una prueba incontestable de la ignorancia inexcusable o de la voluntad negligente, mientras que si se trató de un simple error o de una anomalía en el funcionamiento de la Administración judicial, será el Estado y no el juez o el magistrado quien asuma la responsabilidad. El autor se hace eco de relevante doctrina que considera insuficiente el sistema.

⁹¹ Ordinal Séptimo, apartado 2, Instrucción CGPJ. En el ordinal Undécimo (*Incumplimiento de los criterios, pautas de uso y principios*) Instrucción CGPJ, se recuerda que -en relación con la responsabilidad de los jueces y magistrados- será de aplicación lo dispuesto en la LOPJ, sin perjuicio de otras *medidas preventivas o correctoras que puedan adoptarse* por el Poder Judicial.

⁹² Salvo en la vía penal, como quedó explicado.

seis meses, se entenderá desestimada (artículo 91.3 LPACAP). La resolución debe pronunciarse sobre *la existencia o no de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado* (artículo 91.2 LPACAP), que ha de ser evaluable económicamente (artículo 32.2 LRJSP).

37. Corresponde al afectado probar la relación causal entre la acción u omisión del juez o magistrado (relacionada aquí con el mal uso o abuso de un sistema de IA de alto riesgo) y el daño provocado. En este punto, es interesante considerar que el legislador europeo *tuvo en cuenta la crítica fundamental al proyecto de la Comisión de que no contenía ningún derecho subjetivo para los afectados por (...) las decisiones basadas en la IA*, lo que alejaba el texto de la prometida IA centrada en el ser humano y sus derechos fundamentales, y asumió la enmienda⁹³: De este modo se consiguió no sólo que los terceros tuvieran derecho a ser informados por el uso que se hizo de un sistema de IA de alto riesgo en el proceso de toma de decisiones (como parte del requisito de transparencia), sino que además toda persona afectada negativamente por el uso de un sistema de IA de alto riesgo tenga derecho a recibir una explicación detallada -o *explicaciones claras y significativas*, según el tenor literal del Reglamento IA- por parte del responsable del despliegue, *acerca del papel que el sistema de IA ha tenido en el proceso de toma de decisiones y los principales elementos de la decisión adoptada* (artículo 86.I RIA). A hacer efectivo este derecho contribuirá el registro que -conforme al principio de trazabilidad- deben contener los sistemas de IA de alto riesgo, cuyo control queda bajo responsabilidad sea del proveedor, sea del responsable del despliegue, cuando estén bajo su esfera de control⁹⁴.

Dado que la obligación de un juez o magistrado es una obligación de medios y no de resultado, a efectos de prueba, conviene añadir que la adecuada supervisión humana requiere la diligencia del profesional, y no sólo en cuanto al análisis de los resultados sino también en relación con los presupuestos de su actuación. Tratándose de un juez o un magistrado que utilice un sistema de IA para obtener un borrador de resolución o sentencia, deberán darse cuanto menos dos condiciones: Que el juez o magistrado realice adecuadamente la consulta, mediante la introducción correcta de los datos del caso (*input*) y la formulación adecuada de las cuestiones objeto de búsqueda (entre otras posibles acciones que se dan como presupuesto de la supervisión humana), y que el juez o magistrado supervise con diligencia los resultados emitidos por el sistema (el *output*), seleccionando aquéllos que sean válidos y descartando los que sean erróneos, equívocos, discriminatorios, o -en general- incorrectos. De lo contrario, la seguridad y los derechos fundamentales de la persona estarían en riesgo, pudiendo ocasionarse un incidente grave. De ahí que el uso de la IA por parte de jueces y magistrados reclame que se les facilite una seria y responsable formación previa, que debe reforzarse en tantos niveles como sea preciso, y debería requerir -a mi juicio- la consiguiente acreditación. Para evitar un mal uso o abuso de la IA, es preciso intensificar la formación que haga posible el buen uso de la IA por jueces y magistrados⁹⁵.

38. A mi juicio, junto a supuestos de responsabilidad subjetiva como los antes referidos, pueden darse también supuestos de responsabilidad objetiva. Estaríamos ante un supuesto de responsabilidad objetiva cuando el resultado de la búsqueda sea erróneo en perjuicio del afectado y no conste que el juez o magistrado haya introducido ningún cambio, pudiendo decirse que, o se limitó a validar el texto de la resolución o sentencia, como hubiera podido hacerse de modo automático por una máquina, o erró en el desempeño de su función de supervisión al no detectar errores susceptibles de causar un daño a tercero. Por muy perfecto que sea un sistema de IA de alto riesgo, el resultado erróneo de una búsqueda no ha de ser -en sí- causa de exoneración de responsabilidad del juez o magistrado (o del Estado, en su lugar), cuando se produzca un daño, sino más bien al contrario. El juez o magistrado que confía excesivamente en los resultados de la consulta omite la debida diligencia en el desempeño de sus funciones, y no podrá

⁹³ M. BARRIO ANDRÉS, *Reglamento UE de inteligencia artificial (Incluye los actos de desarrollo y ejecución de la AI Act)*, Francis Lefebvre, 2025, p. 27, 100.

⁹⁴ Artículos 19.1 y 26.6 RIA. En relación con el tiempo de conservación de los registros, me remito a lo ya explicado en el apartado relativo a la trazabilidad.

⁹⁵ En España, el Consejo General del Poder Judicial se compromete a ofrecer a jueces y magistrados la debida formación (ordinal Decimotercero de la citada Instrucción CGPJ).

alegar fuerza mayor⁹⁶ -ni el Estado, en su lugar, para denegar la indemnización-, pues el daño pudo evitarse⁹⁷ si se hubiera cumplido el deber de intervenir activamente en la revisión del borrador de resolución facilitado mecánicamente.

Más aún: Una reciente sentencia argentina ha equiparado la infracción del deber de transparencia con la infracción del deber de supervisión. Se trata de un caso en el que el abogado descubrió que el juez había dictado sentencia haciendo uso de la IA, pero sin informar sobre ello, siendo el detonante del hallazgo una frase intercalada en el texto que claramente delataba dicho uso. Recurrida la sentencia, fue anulada, al declararse que *la falta de indicación sobre el modo en que se usó la inteligencia artificial en un punto decisivo, entraña un riesgo de que dicha tecnología se hubiese utilizado delegando una actividad jurisdiccional indebidamente*, y con ello se violaría el derecho a ser juzgado por una persona habilitada por el Estado para llevar a cabo esa función⁹⁸ (en España, artículo 24.2 CE).

39. Se considera un incidente grave, a efectos del Reglamento IA, el que tenga como consecuencia el incumplimiento de alguna obligación impuesta por el Derecho de la Unión para proteger los derechos fundamentales [artículo 3.49) RIA]. En el caso que estamos considerando, una de estas obligaciones es la que corresponde al juez o al magistrado de supervisar con diligencia los resultados obtenidos por un sistema de IA, pues en otro caso el uso del sistema no estaría al servicio de la persona (artículo 1 RIA, y principio de *acción y supervisión humanas*⁹⁹), sino de otros factores secundarios en relación con la finalidad principal (tales como, por ejemplo, agilizar la carga de los tribunales), y daría lugar a la consiguiente responsabilidad en caso de provocar daños.

Esta responsabilidad del juez o magistrado puede agravarse si a la falta anterior se suma la de no comunicar debidamente el fallo del sistema de IA a quien corresponde. El Reglamento IA regula un mecanismo que pretende frenar los efectos nocivos de un sistema de IA que esté funcionando incorrectamente, a fin de evitar cualquier daño a las personas. Y esto afecta también a la posible responsabilidad de los jueces y magistrados, en cuanto profesionales usuarios de los sistemas de IA de alto riesgo. Por ejemplo, en el caso de comprobar que los resultados contienen sesgos o que el sistema está dando lugar a errores, deben comunicarlo al proveedor en su condición de responsables del despliegue¹⁰⁰. En caso de incidente grave, no sólo están obligados a notificarlo al proveedor, sino al importador o distribuidor y a la autoridad de vigilancia del mercado correspondiente^{101, 102}. Si se omite esta comunicación y el sistema

⁹⁶ Artículo 32.1 LRJSP.

⁹⁷ Artículo 33.1 LRJSP, *a contrario sensu*.

⁹⁸ P. GALLO, «Nulidad de sentencia por uso de la IA: ¿crítica al fallo o miedo a la herramienta?», en *Almacén de Derecho*, 24 octubre 2025. La autora comenta brevemente una sentencia argentina del 15 de octubre de 2025, y contrasta la consulta hecha a la IA con las consultas que los jueces o magistrados pueden hacer con letrados, para señalar que unas y otras pueden influir en su proceso de toma de decisiones, sin que esto suponga infringir el principio del juez natural. A su juicio, la Cámara de lo penal de la provincia de Chubut cargó demasiado las tintas en el hecho de que no hubo transparencia, cuando realmente para anular la sentencia debiera haberse fijado en si el juez llegó o no a un fallo correcto. Sobre la impugnación de las resoluciones basada en el uso que se hizo de la IA, véase: M.J. ARIZA COLMENAREJO, «Impugnación de las decisiones judiciales dictadas con auxilio de inteligencia artificial», *Inteligencia artificial legal y Administración de Justicia*, S. Calaza López y M. Llorente Sánchez-Arjona (codirs.), Thomson-Reuters Aranzadi, 2022, pp. 29-54.

⁹⁹ En el considerando (27) RIA se explica que, conforme a *las directrices del Grupo independiente de expertos de alto nivel sobre IA*, se entiende por «acción y supervisión humanas» *que los sistemas de IA se desarrollan y utilizan como herramienta al servicio de las personas, con respeto por la dignidad humana y la autonomía personal, y que el funcionamiento de los sistemas de IA se programa de manera que pueda ser controlada y vigilada adecuadamente por seres humanos*. El considerando (76) y (91) RIA, recogen la indicación del legislador de que los responsables del despliegue garanticen que quien se ocupe de la supervisión de los resultados tenga la competencia, *la formación y la autoridad necesarias* para desarrollar la función.

¹⁰⁰ En cuanto a los deberes de los responsables del despliegue en este sentido véase el artículo 26.5 RIA.

¹⁰¹ Al respecto, véase también lo dispuesto en el artículo 73.9 RIA.

¹⁰² Estos incidentes se gestionan de modo complejo -a efectos prácticos, desde la perspectiva que estamos abordando- pues deben notificarse a su vez por el proveedor a la autoridad correspondiente de vigilancia del mercado del Estado o Estados miembros en que se haya detectado el incidente, quien lo comunicará a las autoridades públicas nacionales responsables de velar por la protección de los derechos fundamentales, que están legitimadas para solicitar la documentación registrada o acceder a ella conforme a lo dispuesto en el Reglamento de IA, a fin de cumplir con su función, dentro de su jurisdicción [artículo 77.1, en relación con el artículo 17.i) RIA]. La notificación de un incidente grave (regulada en detalle, plazos incluidos, en el artículo 73 RIA), tiene como finalidades la evaluación de riesgos y la adopción de medidas que corrijan el defecto del sistema.

sigue produciendo errores, el juez o magistrado puede verse en la situación de asumir la responsabilidad no sólo en relación con el caso en que no lo advirtió, sino también -como corresponsable- en relación con casos posteriores operados por otros jueces o magistrados, que arrastren el mismo error.

IV. Perspectivas sociológica y psicológica, a modo de corolario.

40. Una vez analizados los aspectos éticos y jurídicos (en particular, las referencias del Reglamento IA a la cuestión), resulta interesante una breve aproximación, desde la sociología y la psicología, a modo de corolario. Pensemos cómo percibimos la justicia en el entorno digital. Si hiciéramos una encuesta sobre la confianza que merecen los sistemas de IA generados para realizar tareas *a imagen y semejanza* de las que son propias de los jueces y magistrados, probablemente encontraríamos argumentos contradictorios: De un lado, los optimistas tecnológicos afirmarían que a corto y medio plazo pueden alcanzarse resultados aceptables que agilicen el trabajo de los profesionales de la justicia, mientras que otros serán más reticentes y alegarán que la excesiva confianza en las máquinas redundaría en una pérdida de sentido crítico y reflexivo por parte de los profesionales, que pudieran relajarse con el consiguiente anquilosamiento de su agudeza para detectar los errores, cuando se produzcan, causando un perjuicio a las personas y al sistema en general. En el ámbito educativo, por ejemplo, ya se ha acreditado que un excesivo recurso a los medios digitales va en detrimento del correcto desarrollo del cerebro humano y se ha pasado del optimismo a la prudencia¹⁰³.

41. Lo anterior nos llevaría a desaconsejar el uso excesivo de la IA por parte de los jueces y magistrados, salvo que demos la vuelta a la consulta de partida y pongamos el acento en la percepción que tenemos de la justicia humana, ponderando si merece nuestra ciega confianza o si necesariamente será subjetiva y puede ser superada por la IA, más objetiva. A favor del uso de sistemas de IA en la toma de decisiones por parte de los profesionales, pudiera esgrimirse *la imperfección que deriva de la suma de los sesgos* que éstos pueden padecer, consciente o inconscientemente¹⁰⁴, pero no podemos olvidar que la IA funciona sobre la base de la anterior jurisprudencia y opiniones doctrinales, que a su vez estarían sesgadas y, por tanto, el argumento decaería: Los sistemas de IA pueden aprender a partir de datos que reflejan opiniones o decisiones sesgadas, dando lugar al *sesgo algorítmico* o *discriminación algorítmica*¹⁰⁵.

42. Aunque la calidad de los sistemas de IA es variada y existen sistemas muy perfeccionados en el sector legal, sería un craso error confiar al cien por cien en la veracidad o exactitud de los resultados arrojados por ellos (incurriendo -si se tratara de un juez- en un posible *sesgo de automatización*¹⁰⁶ o en un *sesgo de anclaje*¹⁰⁷), con independencia de lo muy precisos que sean, ya que los sistemas de IA

¹⁰³ Al respecto, véase: M. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ/A.M. SANCULESCU BUDEA/C.-M. FERNÁNDEZ ALAMEDA, «Reticencias desde la sociología y la comunicología ante el tecnooptimismo y la inteligencia artificial», *Tendencias sociales. Revista de sociología*, 2024-2(10), pp. 79-94.

¹⁰⁴ A.M. RODRÍGUEZ GUTIÁN, «Los sesgos y el derecho. En especial, sus implicaciones para el derecho civil», *InDret*, 2025.2, pp. 1-68, p. 5. La autora hace referencia a distintos tipos de sesgos que pueden padecer los profesionales: el sesgo del *status quo* (que llevaría, por ejemplo, a tomar una decisión conforme a lo ya establecido, en lugar de innovar); el sesgo de halo y de *horn* (según las conclusiones positivas o negativas de una persona se alcancen a partir de un determinado rasgo suyo); y el sesgo retrospectivo, que atribuye más en particular a los jueces, que llevará a predecir un resultado por la experiencia pasada, inconscientemente (*proyecta su nuevo conocimiento hacia el pasado*, explica la autora, p. 19). Por último, hace alusión al sesgo de género.

¹⁰⁵ F.M. SILVA ARDANUY, «Impacto de la discriminación directa e indirecta derivada del sesgo algorítmico en el ámbito de los derechos fundamentales: Alcance y protección constitucional», en *Inteligencia artificial y protección de datos. Desafíos en la era digital*, Colex, 2025, pp. 179-200. El autor explica que los sesgos algorítmicos reflejan los sesgos que los humanos tenemos *como personas y como sociedades*, y añade que la IA no distingue entre lo verdadero y lo falso, ni entre el bien y el mal, ni se rige por principios éticos (p. 192).

¹⁰⁶ El sesgo de automatización reduce de modo *inconsciente* la libertad del juez de alcanzar un resultado distinto del arrojado por el sistema de IA, como ha expresado M. DE ASÍS PULIDO, «Ética de la Inteligencia Artificial jurídica aplicada al proceso», *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 48, 2023, pp. 60-79, p. 75.

¹⁰⁷ M. BARRIO ANDRÉS [Reglamento UE de inteligencia artificial (Incluye los actos de desarrollo y ejecución de la AI Act), Francis Lefebvre, 2025, p. 109, 752 y 753, y pp. 131-132, 916 y 917] advierte de los riesgos que suponen las aplicaciones de la

pueden padecer *alucinaciones*, están hechos para responder de modo satisfactorio a las cuestiones que se plantean por lo que pueden dar respuestas contradictorias según los términos en que se produzca la consulta, o pueden dar injustificadamente -como hemos indicado- un trato distinto a casos iguales en función de factores discriminatorios con resultado contrario a Derecho.

43. Por la alta posibilidad de sesgos cognitivos como los apuntados -sesgo de automatización y sesgo de anclaje- y el riesgo de perjudicar la seguridad y los derechos fundamentales que ello supone en sectores especialmente críticos como es el desempeño de la función judicial, Moisés Barrio Andrés propone que el legislador nacional endurezca las medidas de supervisión previstas en el Reglamento IA, y respalda que el juez que utilice un sistema de IA como apoyo para dictar una sentencia o resolución, deba introducir su propuesta de sentencia al inicio, a fin de confirmarla o modificarla tras la consulta realizada, justificándolo¹⁰⁸. Muy críticos con la figura del juez-robot se han manifestado también, entre otros, Raúl Cancio Fernández, en un interesantísimo estudio¹⁰⁹, o Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla, quien destaca la incapacidad de la IA para detectar el problema jurídico¹¹⁰.

44. Consciente de ello, el mismo legislador europeo sale al paso con declaraciones de principios, al advertir que los conjuntos de datos empleados para uso de los sistemas de IA deben estar libres de errores, *en la mayor medida de lo posible*, para evitar injustas discriminaciones, prohibidas por el Derecho de la Unión, más aún cuando los datos de salida puedan influir en futuros datos de entrada (*bucles de retroalimentación*), como sucedería si se dictara sentencia sobre la base de datos anteriores erróneos, consolidando esos defectos del sistema con un impacto de potencial alcance. Los sesgos que existan en datos suministrados por el sistema *tienden a aumentar gradualmente y, por tanto, perpetúan y amplifican la discriminación existente*¹¹¹.

45. Por esta razón, en el Reglamento IA se impone a los proveedores y a los responsables del despliegue, la obligación de adoptar medidas de alfabetización en materia de IA, esto es, la obligación de impartir a los profesionales usuarios la formación necesaria para que tomen conciencia no sólo de las ventajas sino también de los daños que puede causar el uso de un concreto sistema de IA, o los riesgos que implica este uso¹¹². Y por esta razón, el único uso admitido de los sistemas de IA por parte de jueces y magistrados, cuando de tomar decisiones se trata, es el que requiere la necesaria supervisión humana, al considerarlos sistemas de alto riesgo.

V. Conclusiones

46. Desde la perspectiva ética, el uso de la IA como herramienta para el desempeño de la función judicial debe estar presidido por la primacía de la persona humana, su dignidad y los derechos que le son inviolables. Desde el punto de vista jurídico, esta centralidad de la persona humana es tomada en cuenta

IA que pueden preparar, por ejemplo, borradores de sentencias o resoluciones, ya que el juez puede padecer sesgos cognitivos tales como el sesgo de automatización y el sesgo de anclaje. El primero significa *que los usuarios de sistemas de asistencia automatizados no intervienen habitualmente si el sistema de asistencia no les incita a hacerlo*, incurriendo en errores por omisión, o bien *siguen las recomendaciones del sistema, aunque éstas contradigan su formación y otros indicadores disponibles*, incurriendo en errores por comisión. En cuanto al sesgo de anclaje, el autor explica que cuando las personas recibimos valores de referencia numéricos, está demostrado que tendemos a fiarnos de éstos, acortando *los procesos de pensamiento*. Cita para fundamentarlo la autoridad del premio Nobel Daniel Kahneman, *reconocido por su trabajo sobre la psicología del juicio humano y la toma de decisiones* bajo incertidumbre (cita completada con la fuente Wikipedia/Daniel Kahneman).

¹⁰⁸ M. BARRIO ANDRÉS, *Reglamento UE de inteligencia artificial (Incluye los actos de desarrollo y ejecución de la AI Act)*, Francis Lefebvre, 2025, pp. 132-133, 923.

¹⁰⁹ R.C. CANCIO FERNÁNDEZ, «¿Sueñan los jueces con sentencias electrónicas?», *Revista Análisis Jurídico-Político*, vol. 2, n° 3, 2020, pp. 145-168.

¹¹⁰ G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, «La deshumanización del arte jurídico: El llamado juez-robot: ¿mito o realidad?», *Actualidad jurídica iberoamericana*, N. 23, agosto 2025, pp. 14-51, pp. 38-41.

¹¹¹ Considerando (67) RIA. Véase también el considerando (70) RIA.

¹¹² Artículo 4 RIA, en relación con la definición del artículo 3.56) RIA.

por el legislador europeo en el Reglamento (UE) 2024/1689, de IA, y tiene dos importantes consecuencias inmediatas: La prohibición de los sistemas de IA que tomen decisiones que afecten directamente a la salud, seguridad o derechos fundamentales de los ciudadanos, y la declaración como sistemas de alto riesgo de aquéllos que ayuden a los profesionales en el proceso de toma de decisiones que puedan afectar a los ciudadanos en lo que se refiere a su salud, seguridad o derechos fundamentales.

47. La puesta en el mercado de sistemas de IA de alto riesgo, requiere que estos cumplan los requisitos de calidad, transparencia, trazabilidad y necesaria supervisión humana, entre otros, que serán controlados conforme dispone la UE. A la vez, el proveedor y los responsables del despliegue tomarán medidas para lograr la alfabetización de los profesionales usuarios de los sistemas de alto riesgo, esto es, su formación con vistas a garantizar que la salud, seguridad y derechos fundamentales de las personas no sufra menoscabo por un mal uso de estos sistemas (por ejemplo, por un exceso de confianza en la exactitud, actualización o veracidad de los resultados que arrojen).

48. Los jueces y magistrados pueden hacer uso de los sistemas de IA de alto riesgo bajo su personal responsabilidad (penal, disciplinaria y civil). Son sistemas de IA de alto riesgo los destinados a apoyar al juez o magistrado en el proceso de toma de decisiones, y, por tanto, los que son capaces de suministrar el borrador de una resolución judicial. El juez o magistrado deberá en todo caso hacer un buen uso de la IA, lo que requiere supervisar críticamente cada resultado que obtenga de ella. La supervisión debe ser real y eficaz. La mera supervisión formal, clicando la casilla correspondiente, no sólo no exonera de responsabilidad, sino por el contrario, señala al sujeto responsable en caso de dictarse una sentencia injusta que cause daño a tercero. La supervisión por un juez o magistrado es suficiente, salvo cuando se haya alcanzado un resultado empleando un sistema de identificación biométrica remota, que requiere un mínimo de dos supervisores. Conforme al Reglamento IA, los jueces y magistrados deberán informar a los terceros que puedan resultar afectados sobre el uso que se ha hecho de los sistemas de IA de alto riesgo para alcanzar el resultado (transparencia). En España, sólo se admite que los jueces y magistrados utilicen en el desempeño de sus funciones sistemas de IA facilitados por la Administración competente o por el CGPJ.

La extensión territorial del Derecho de la Unión Europea por razones de sostenibilidad

The territorial extension of European Union Law for sustainability reasons

EUGENIA LÓPEZ-JACOISTE DIAZ

*Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Navarra*

Recibido: 12.12.2025 / Aceptado: 30.01.2026

DOI: 10.20318/cdt.2026.10278

Resumen: El presente artículo analiza cómo la Unión Europea ejerce una nueva modalidad de jurisdicción extraterritorial, de conformidad con los principios jurídicos del Derecho internacional que rigen la jurisdicción con el fin de proteger sus valores e intereses fundamentales. A pesar de las críticas del pasado, la práctica legislativa reciente demuestra la necesidad de extender territorialmente el ámbito de aplicación de algunas normas europeas por razones de sostenibilidad a bienes, servicios y conductas más allá de la Unión. La jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ampara la licitud de esta extensión, siempre y cuando que exista una previsión expresa en la norma; la extensión responda a la salvaguarda de un interés general; y se confirme una conexión territorial con la Unión.

Palabras clave: jurisdicción extraterritorial, extensión territorial, Unión Europea, mercado interior, sostenibilidad, y autonomía del Derecho de la Unión.

Abstract: This article analyzes how the European Union exercises a new form of extraterritorial jurisdiction, in accordance with the legal principles of international law governing jurisdiction, in order to protect its fundamental values and interests. Despite past criticism, recent legislative practice demonstrates the need to extend the territorial scope of certain European rules for reasons of sustainability to goods, services, and conduct beyond the Union. The established case law of the Court of Justice of the European Union supports the legality of this extension provided that there is an express provision in the rule; the extension responds to the safeguarding of a general interest; and there is a territorial connection with the Union.

Keywords: extraterritorial jurisdiction, territorial extension, European Union, internal market, sustainability and autonomy of Union Law.

Sumario: I. Introducción. II. ¿Qué tipo de “jurisdicción extraterritorial” ejerce la Unión? III. La fuerza “creativa” de la regulación europea y los niveles de afectación a terceros. 1. Un nivel leve de afectación de las obligaciones europeas a terceros. 2. Un nivel considerable de afectación de las obligaciones europeas a terceros. IV. Fundamento de la extensión territorial: la protección de intereses generales y fundamentales de la Unión. 1. Por razones de sostenibilidad ambiental y social. 2. Por razones de autonomía del Derecho de la Unión y el efecto útil de sus normas. V. La jurisprudencia del TJUE sobre la extensión territorial del Derecho de la Unión: criterios clave. 1. Previsión expresa en la norma. 2. Salvaguarda de un interés general de la Unión. 3. Conexión territorial con la Unión VI. Tres reflexiones finales.

I. Introducción¹

1. Los Tratados de la Unión Europea establecen como objetivo promover la paz, los valores de la Unión y el bienestar de sus pueblos (art. 3.1 TUE). En sus relaciones exteriores la Unión busca igualmente la promoción de sus valores y contribuir (...), a la paz, al desarrollo sostenible del planeta (...) y la protección de los derechos humanos” (art. 3.5 TUE). Con el fin de “promover una buena gobernanza mundial, define y ejecuta políticas comunes y acciones (...)” (art. 21.2 h) TUE). La idea central de estas disposiciones del TUE es que la Unión *debe* actuar en sus políticas internas y en su acción exterior sin perder de vista sus objetivos. Y – en efecto – la práctica demuestra que la Unión proyecta su misión *ad extra* principalmente con la celebración de acuerdos comerciales globales en el contexto de su política de comercial común, pero también lógicamente con ocasión del ejercicio de sus competencias *ad intra* relativas al funcionamiento del mercado interior, incluida la defensa de la libre competencia (arts. 101 y 102 TFUE), la protección del medio ambiente (art. 191 TFUE), la salud pública (artículo 168, apartado 4, letra c), o la seguridad aérea (art. 114 TFUE). En los últimos años, la acción legislativa de la Unión en estas materias está impregnando silenciosa y progresivamente muchos aspectos de la vida económica fuera de Europa, habida cuenta de la extensión de las obligaciones europeas a personas, bienes o conductas más allá de sus fronteras, bajo el estandarte de la defensa de los valores e intereses de la Unión.

2. La fuerza expansiva de la legislación europea², sigue alimentado el debate académico sobre el alcance y la legitimidad de la aplicación extraterritorial del Derecho de la Unión³, así como las críticas al imperialismo europeo⁴ por el alcance global de su ordenamiento jurídico,⁵ y su cambio de actitud al ejercer jurisdicción extraterritorial, a pesar de su inicial reticencia⁶. Sin embargo, como consecuencia de la globalización de la economía, la Unión defiende el ejercicio extraterritorial de su jurisdicción para proteger sus intereses, en particular, los de carácter económico, cuya validez y legitimidad ya ha sido confirmado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁷.

3. Pero en la actualidad, hay que tener en cuenta los nuevos retos ambientales y sociales a los que se enfrenta la comunidad internacional para garantizar la sostenibilidad⁸, entendida como la concreción

¹ El presente trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación titulado *Vacios normativos y desarrollo progresivo de la Agenda 2030 y del principio de sostenibilidad. Especial relevancia para España* (PID2022.138333GB-100).

² R. DOVER, J. FROSINI, *The Extraterritorial Effects of Legislation and Policies in the EU and US*, Informe para la Dirección General de Políticas Exteriores de la Unión, mayo de 2012.

³ J. SCOTT, “The New Extraterritoriality”, *Common Market Law Review*, vol. 51, 2014, p. 1343.

⁴ J. ZIELONKA, “Europe as a Global Actor: Empire by Example?” *International Affairs*, vol. 84, 2008, pp. 471-484; L. A. KOGAN, *Exporting precaution: how Europe’s risk-free regulatory Agenda threatens American free Enterprise*, 2005, pp. 40-43 disponible en <https://www.wlf.org/2005/11/04/publishing/exporting-precaution-how-europes-risk-free-regulatory-agenda-threatens-american-free-enterprise/>. Su introducción lleva por título: *Europe as the new global regulator*. En la p. 98 sostiene además que el objetivo de la Europa es establecer el principio de precaución no solo como un estándar regional, sino también como un estándar jurídico global absoluto.

⁵ Sobre el alcance de este debate doctrinal, *cfr.*, entre otros, N. C. RODRIGUES (Ed.), *Extraterritoriality of EU Economic Law: The Application of EU Economic Law Outside the Territory of the EU*. Cham, Switzerland, Springer, 2021, 385 pp. ISBN 978-3-030-82290-3; I. HADJIYIANNI, “How Far Can the Extraterritorial Reach of EU Law Go? A Step Further by the CJEU as a Transnational Actor.” *European Law Blog*, May, 2022, <https://doi.org/10.21428/9885764c.d11981b5>. en <https://www.europeanlawblog.eu/pub/how-far-can-the-extraterritorial-reach-of-eu-law-go-a-step-further-by-the-cjeu-as-a-transnational-actor/release/1>; A.O. SHAERMAN, Does the EU’s Taxonomy Regulation Really Apply to Third-country Issuers? Presenting the Case for a Narrower Interpretation - Update December, 2023, en <https://www.jdsupra.com/legalnews/does-the-eu-s-taxonomy-regulation-2902085>; I. ISAILOVIC, “Introduction: critical legal approaches in EU law—reflections on new research directions”, *Transnational Legal Theory*, vol. 15, 2025, issue 4, pp 493-499; D. CARUSO, F.G. NICOLA, “Legal Scholarship and External Critique in EU Law”, en Tamara Perišin and Siniša Rodin (Eds.), *The Transformation or Reconstruction of Europe. The Critical Legal Studies Perspective on the Role of the Courts in the European Union*. Oxford: Hart Publishing, 2018, pp. 221-231; D. KUKOVEC, “Law and Periphery”, *European Law Journal*, vol. 21, 20215, pp. 406-428.

⁶ *Cfr.*, D. J. FEENEY, “The European Commission’s extraterritorial jurisdiction over corporate mergers”, *Georgia State University Law Review*, vol. 19, 2002-2003, pp. 425-491, en particular, p. 434.

⁷ *Cfr.*, asunto 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd.* Sentencia del Tribunal de Justicia, de 14 de julio de 1972, apartados 118-119 y 130-141.

⁸ Se ha escrito mucho sobre la sostenibilidad y su alcance en Derecho internacional, *cfr.*, entre otros, C. R. FERNÁNDEZ LIE-

del desarrollo sostenible y el deber de garantizar las necesidades del presente sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras⁹. Tras la aprobación de la Agenda 2030 de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2015, la Comisión Europea, en su Comunicación de 22 de noviembre de 2016, titulada “Próximas etapas para un futuro europeo sostenible: Acción europea para la sostenibilidad” vinculaba los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de las Naciones Unidas al marco de actuación de la Unión, a fin de garantizar que todas las acciones e iniciativas europeas, tanto dentro como fuera de ella, incorporasen dichos objetivos. En el Pacto Verde Europeo (2019)¹⁰, la Unión asume los ODS de la comunidad internacional¹¹ y establece una nueva hoja de ruta que sitúa las consideraciones ambientales y de sostenibilidad en el centro del proceso de integración europea¹². El Pacto Verde es pieza clave para hacer frente a la urgencia climática y social. Propone una Unión “climáticamente neutra, ecológica, justa y social”, aunque se reconoce que difícilmente se hará realidad si los europeos actúan en solitario. Por el contrario, la Comisión estima que las nuevas políticas europeas exigen por razones de sostenibilidad un compromiso real y coherente entre todos los instrumentos regulatorios sectoriales y la oponibilidad de determinadas normas europeas frente a terceros, fuera del espacio aduanero de la Unión, si fuere necesario.

4. En este contexto, el presente artículo tiene por objeto analizar cómo la Unión Europea extiende territorialmente el ámbito de aplicación de sus normas. Para ello se analiza, en primer lugar, y desde la perspectiva del Derecho internacional público, qué tipo de “jurisdicción extraterritorial” ejercer la Unión y el porqué de la sugerente denominación “expansión territorial del ámbito de aplicación del Derecho de la UE”, propuesta en la doctrina. En segundo lugar, se identifican los principales instrumentos jurídicos europeos recientes que expanden territorialmente su ámbito de aplicación y se clasifican en dos categorías en función del nivel de afectación del Derecho europeo frente a terceros. En tercer lugar, se analizan las razones de sostenibilidad que impregnan el funcionamiento del mercado europeo, que, junto con la salvaguarda de los rasgos propios y característicos del Derecho de la Unión, constituyen intereses generales de la Unión, que justifican la extensión de las obligaciones europeas frente a terceros. En cuarto lugar, analizamos los requisitos jurídicos establecidos en la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) para la extensión territorial del Derecho de la Unión. Para concluir, se ofrecen tres reflexiones finales sobre las cuestiones analizadas.

II. ¿Qué tipo de “jurisdicción extraterritorial” ejerce la UE?

5. De forma escueta, el art. 5.1 del TUE regula las competencias (poder *ratione materiae*) de la UE sobre la base del principio de atribución y la cesión de poderes soberanos. La UE tiene capacidad

SA, *El principio de sostenibilidad en el Derecho Internacional*, Editorial Dykinson, Madrid, 2025; C. R. FERNÁNDEZ LIESA, E. LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, y D. OLIVA MARTÍNEZ, *El Derecho internacional, los ODS y la Comunidad internacional*, Dykinson, 2022; C. R. FERNÁNDEZ LIESA, E. LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, (dirs), *Nuevas dimensiones del Desarrollo sostenible y derechos económicos, sociales y culturales*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2021.

⁹ Definición recogida en el informe de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo *Nuestro futuro común*, presentado a la Asamblea General de Naciones Unidas el 4 de agosto de 1987, documento A/42/427 (el informe se recoge en el anexo).

¹⁰ La Comisión, en su Comunicación de 11 de diciembre de 2019 sobre el Pacto Verde Europeo, Pacto Verde Europeo, estableció una nueva estrategia de crecimiento destinada a transformar la Unión en una sociedad equitativa y próspera, con una economía moderna, eficiente en el uso de los recursos y competitiva. Cfr. COM/2019/640 fin, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: El Pacto Verde Europeo

¹¹ Cfr., Comunicación de la Comisión, COM (2019) 640 final, Bruselas, 11.12.2019 sobre el Pacto Verde Europeo donde se establece que todas las acciones y políticas de la Unión deben converger para contribuir al éxito de la UE en su transición justa hacia un futuro sostenible. También se establece que la sostenibilidad debe integrarse aún más en el marco de gobernanza empresarial. El marco para la acción de la Unión en el ámbito del medio ambiente y de clima establecido en la Decisión (UE) 2022/591 del Parlamento Europeo y del Consejo. En https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:b828d165-1c22-11ea-8c1f-01aa75ed71a1.0004.02/DOC_1&format=PDF

¹² V. KARAGEORGOU, “The Environmental Integration Principle in EU Law: Normative Content and Functions also in Light of New Developments, such as the European Green Deal”, *Common Market Law Review*, vol. 8, núm. 1, 2023, p. 176.

para actuar – definir y aplicar derecho o reglar conductas – solo en el contexto de las competencias atribuidas por los Estados, tal y como están definidas en los Tratados y para lograr los objetivos que éstos determinan. Para ejercer estas competencias, las instituciones adoptan diferentes instrumentos jurídicos vinculantes para sus Estados miembros. Procede recordar que, como se desprende del artículo 3.5 TUE, la Unión contribuye al estricto respeto y al desarrollo del Derecho internacional. Por consiguiente, cuando adopta un acto, en el ejercicio de sus competencias, está obligada a respetar todo el Derecho internacional, incluido el Derecho consuetudinario internacional que vincula a las instituciones de la Unión¹³. Además, cada vez es más frecuente que los instrumentos jurídicos de la UE afecten a personas, bienes o servicios más allá de su jurisdicción debido a una serie de factores, como por ejemplo: a) el aumento del movimiento de personas fuera de las fronteras nacionales; b) el creciente número de empresas multinacionales; c) la mundialización de la economía; d) el aumento de las actividades delictivas transnacionales, en particular el tráfico de drogas, el blanqueo de dinero, el fraude financiero y el terrorismo internacional; e) el aumento de la migración ilegal; o f) el uso cada vez mayor de Internet a través de las fronteras nacionales para fines lícitos e ilícitos, tales como los contratos electrónicos, el comercio electrónico y la delincuencia en el espacio cibernético.

6. Desde el prisma del Derecho internacional¹⁴, la licitud del ejercicio de la jurisdicción, incluida la jurisdicción extraterritorial, es determinada por el Derecho internacional. Desde el asunto *Lotus* (1927), se entiende que el ordenamiento jurídico internacional no prohíbe a un Estado ejercer su jurisdicción en su propio territorio respecto de cualquier caso que se refiera a actos que han tenido lugar en el extranjero y sobre los que no se pueda invocar alguna norma de derecho internacional que lo permita. El ejercicio de la jurisdicción extraterritorial solo se permite en circunstancias excepcionales, ya que los Estados gozan de plena soberanía dentro de sus territorios y cualquier ejercicio de jurisdicción en el territorio de otro Estado conlleva el riesgo de infringir la soberanía y el principio de no intervención¹⁵. A pesar de aquel pronunciamiento del Tribunal Permanente de Justicia Internacional en la práctica se han reconocido ciertos límites y condiciones que justifican la jurisdicción extraterritorial de un Estado sobre la base de alguno de los siguientes principios: a) el principio de la territorialidad “objetiva”, b) la “doctrina de los efectos”, c) el principio protector, d) el principio de la nacionalidad y e) el principio de la personalidad pasiva. Para la Comisión de Derecho Internacional¹⁶, el elemento común subyacente a estos principios es el interés válido de un Estado para ejercer su jurisdicción extraterritorial en un caso determinado sobre la base de que exista una *relación suficiente* con las personas, los bienes o los actos de que se trate. Ahora bien, la existencia de una “conexión suficiente” debe aplicarse con suma cautela, ya que los citados principios difieren considerablemente en el grado en que ofrecen una base legítima para el ejercicio de la jurisdicción¹⁷. En todo caso, para que sea válido el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial, según el Derecho internacional, la jurisdicción deberá fundamentarse en al menos uno de los principios mencionados. Pero no existe obstáculo alguno para que – según las circunstancias – la validez de la jurisdicción extraterritorial resulte de la aplicación conjunta o complementaria de más de uno de estos principios¹⁸.

7. La “doctrina de los efectos” justifica el ejercicio de la jurisdicción por un Estado, cuando la conducta realizada en el extranjero tenga efectos considerables en el territorio de ese Estado. Ahora

¹³ Asunto C-366/10 *Air Transport Association of America* (ATAA), de 21 de diciembre de 2011. EU:C:2011:864, apartado 101 y jurisprudencia citada, como las sentencias de 24 de noviembre de 1992, Poulsen y Diva Navigation, C-286/90, Rec. p. I-6019, apartados 9 y 10, y de 16 de junio de 1998, Racke, C-162/96, Rec. p. I-3655, apartados 45 y 46.

¹⁴ F.A. MANN, “The doctrine of jurisdiction in international law”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1964-I, vol. 111, pp. 1-162.

¹⁵ P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “La soberanía poliédrica”, en *Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Pérez Vera, E., Rodríguez Carrión, A., Universidad de Málaga, 2005, pp. 609-611.

¹⁶ Cfr. CDI, Informe de la Comisión de Derecho Internacional dirigido a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 58.º período de sesiones, anexo V, *La jurisdicción extraterritorial*, 2006, punto 8.

¹⁷ M.T. KAMMINGA, “Extraterritoriality”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, September 2020, en <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1040?prd=MPIL>

¹⁸ CDI, *op. cit.*, punto 44.

bien, puesto que las competencias de la Unión deben ser ejercidas respetando el Derecho internacional, la Unión podría invocar *mutatis mutandis*, legítimamente la doctrina de los efectos para exigir a terceros no europeos el cumplimiento de algunas de sus normas internas, si existe una conexión suficiente con la Unión y una razón imperiosa de necesidad. Se podría afirmar la jurisdicción extraterritorial de la acción legislativa europea si la conducta realizada fuera de la UE tiene un efecto considerable en su mercado interior incluido el derecho a la competencia. Así lo reconoció el Tribunal de Justicia en el caso *Intel Corporation In.*, al afirmar que “el criterio de los efectos persigue englobar conductas no adoptadas, ciertamente, en el territorio de la Unión, pero cuyos efectos contrarios a la competencia pueden hacerse sentir en el mercado de la Unión”¹⁹ y, que por lo tanto, “el criterio de los efectos permite justificar con arreglo al Derecho internacional público la aplicación del Derecho de la competencia de la Unión, cuando sea previsible que el comportamiento de que se trate produzca un efecto inmediato y sustancial en la Unión”²⁰. Si bien este principio, aunque está íntimamente relacionado con el principio de la territorialidad objetiva, no requiere que un elemento de la conducta tenga lugar en el territorio del sujeto regulador. En consecuencia, la normativa europea podría prever un efecto extraterritorial al permitir su aplicación frente a personas que, por ejemplo, conspiran para introducir drogas letales en el mercado (negro) europeo, aunque no hayan realizado ningún acto concreto en el territorio de la Unión²¹.

8. Desde esta perspectiva, se acepta el criterio de los efectos o conexión sustancial o efectiva como base jurídica suficiente para justificar la jurisdicción de la UE en el ámbito del derecho de la competencia y en casos de empresas con filiales complejas y con sede en el extranjero²². Así lo confirmó el TJUE en el citado caso *Intel Corporation*, al señalar que el actual art. 101 del TFUE lo prevé expresamente y que “el hecho de que una empresa que participe en un acuerdo esté situada en un Estado tercero no impide que se aplique esta disposición, desde el momento en que tal acuerdo produzca sus efectos en el territorio del mercado interior”²³.

9. Otra cuestión importante que se deriva de la admisión de los principios aplicables al ejercicio de la jurisdicción extraterritorial es que la doctrina distingue entre la aplicación extraterritorial “pura” y las diferentes nuevas modalidades de aplicación extraterritorial de las normas más allá de jurisdicción ordinaria, la estrictamente territorial, en función de cientos grados de conexión²⁴. Una medida se considerará extraterritorial, según la interpretación tradicional, cuando imponga obligaciones a personas que no disfrutan de una conexión territorial relevante con el Estado regulador. Este efecto extraterritorial puro solo se admite en determinados ámbitos del Derecho, en particular, para aquellas medidas destinadas a proteger obligaciones *erga omnes*, como son la protección de los derechos humanos, la protección del medio ambiente y el control de las armas de destrucción masiva. En estos casos, los Estados no suelen oponerse al ejercicio de jurisdicción extraterritorial²⁵. Sin embargo, frente a esta visión clásica de la competencia exclusiva del Estado respecto de su territorio y de su jurisdicción, tal y como la sostuvo el

¹⁹ Asunto C-413/14 P. *Intel Corp. contra Comisión Europea*, 2017, EU:C:2017:632, de 6 de septiembre de 2017, apartado 45.

²⁰ *Ibid.*, apartado 49. Reconocido igualmente en otros asuntos, como, por ejemplo, en asunto C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale* y otros, 2022, EU:C:2022:379, de 12 de mayo de 2022; asunto C-630/20, EU:C: 2023:33, de 19 de enero de 2023; asunto T-286/09 RENV, *Intel Copr. contra Comisión*, 2022, EU:T:2022:19, de 26 de enero de 2022.

²¹ Cfr., H.L. BUXBAUM, “Extraterritoriality in Comparative Context: Defining the Scope of State Law in a Global Era”, en H. Buxbaum (ed), *Extraterritoriality in Comparative Perspective*, Brill, 2025.

²² F.A. MANN, “The Doctrine of Jurisdiction in International Law”, *Recueil des Cours*, Vol. 111, 1964, pp. 149-150; I. BRONWIE, *Principles of Public International Law*, 7th ed. Oxford University Press, 2008, pp. 3010-311.

²³ Asunto C-413/14, P, *Intel Corp. contra Comisión Europea*, 2017, EU:C:2017:632, de 6 de septiembre de 2017, apartado 43 y la jurisprudencia allí citada, sentencia de 25 de noviembre de 1971, *Béguelin Import*, 22/71, EU:C:1971:113, apartado 11.

²⁴ Cfr., entre otros, Harvard Law Review Association, “Developments in the Law: Extraterritoriality”, *Harvard law Review*, vol. 124, 2011, issue 5, pp. 1226-1304; M.T. KAMMINGA, “Extraterritoriality”, *Max Planck Encyclopedias of International Law*, op. cit; P.D. SZIGETI, “In the Middle of Nowhere: The Futile Quest to Distinguish Territoriality from Extraterritoriality”, en D. S. Margolies, U. Özsu, M. Pal, N. Tzouvala, *The Extraterritoriality of Law: History, Theory, Politics*, Milton Park: Routledge 2019, pp. 30-49.

²⁵ A. BIANCHI, “Comment to Harold G. Maier, Jurisdictional Rules in Customary International Law”, en *Extraterritorial Jurisdiction: Law and Practice*, Karl M. Messeen (ed), 1996, p. 88.

árbitro Max Huber en el caso *Isla de Palmas* (1928), las profesoras Anu Brandford y Joanne Scott esgrimen argumentos interesantes sobre nuevas modalidades de jurisdicción extraterritorial, sin cuestionarse la utilidad práctica de aquellos principios del Derecho internacional, pero argumentadas desde ópticas distintas y complementarias entre sí.

10. En 2012, la profesora de Derecho en Columbia (Estados Unidos), Anu Bradford, acuñó el término “efecto Bruselas” para referirse precisamente a la tendencia de la Unión de actuar más allá de su jurisdicción y crear un marco regulador común sobre la base de la europeización de muchos aspectos importantes del comercio mundial²⁶. Este “efecto Bruselas” permitiría a la Unión ejercer una influencia persuasiva global gracias a su habilidad para regular unilateralmente el mercado mundial y sin necesidad de coacción conseguir que terceros Estados e incluso empresas multinacionales no europeas asuman voluntariamente normas de la UE para regir sus operaciones globales. En su opinión, el éxito de su influencia radica en el arte de la Unión de condicionar el acceso a su mercado interior – de los más grande del mundo, al menos en aquel entonces – al cumplimiento de sus estándares. De ahí, la advertencia a terceros interesados en participar en el comercio europeo de que deberían atenerse a las reglas propias de nuestro mercado interior.

11. Bradford distingue el efecto Bruselas *de jure* y el *de facto*. El efecto *de iure* se produce cuando los estándares regulatorios de la Unión son adoptados por terceros Estados en sus normas nacionales, por lo que sus operadores jurídicos – sobre todas las empresas – quedan vinculados a dichos estándares, pero bajo la jurisdicción estatal. Como ejemplo de efecto Bruselas *de iure* cabe recordar que Brasil y Taiwán han modificado sus normas nacionales para hacerse compatible con el art. 7 del Reglamento CE 178/2002 por el que se establecían los principios y requisitos generales de la legislación alimentaria en la UE y se creó la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria²⁷. Igualmente, China, Japón, Malasia, Serbia, Corea del Sur, Suiza y Turquía incorporaron en sus respectivas legislaciones nacionales las obligaciones sustantivas del Reglamento UE 1907/2006, sobre el Registro, Evaluación, Autorización y Restricción de sustancias y mezclas químicas²⁸. En cambio, en otros casos, las empresas no europeas que actúan a nivel global adaptan sus productos o servicios de forma voluntaria a la legislación que establezca los estándares más estrictos, que – en muchos casos – serán los europeos con el fin de poder seguir operando en el mercado europeo. Este efecto Bruselas *de facto* se observa, por ejemplo, en algunas empresas como la estadounidense Mattel, cuando declaró que sus productos estaban libres de PVC, tal y como regula el art. 6 del citado Reglamento 1907/2006, sobre el Registro, Evaluación, Autorización y Restricción de sustancias y mezclas químicas²⁹, que exige el previo registro de las sustancias y componentes de los productos químicos que se comercializan en la Unión. Igualmente, la farmacéutica suiza Hoffman-La Roche ha ido modificando la composición de algunos de sus productos para poder entrar en los registros exigidos por el citado Reglamento 1907/ 2006³⁰.

12. Bradford esgrime como fundamento último de este “efecto Bruselas” argumentos de carácter práctico, de conveniencia y de armonización política, donde se entrelazan tanto las ventajas del unilateralismo, como las razones favorables al mantenimiento del multilateralismo económico. En cambio, presta menor atención a los principios jurídicos que fundamenten y regulan la jurisdicción extraterritorial, según el Derecho internacional. Esta perspectiva refleja – a mi juicio – el pragmatismo más

²⁶ A. BRADFORD, “The Brussels Effect”, *Northwestern University Law Review*, vol. 17, 1, 2012, pp. 1-68.

²⁷ A. BRADFORD, *The Brussels Effect. How the European Union rules the world*, Oxford University Press, 2020, p. 189.

²⁸ *Ibid.*, p. 199.

²⁹ En efecto, el Reglamento CE nº 1907/ 2006, sobre el Registro, Evaluación, Autorización y Restricción de sustancias y mezclas químicas, en vigor desde el 2007 y que tiene implicaciones extraterritoriales ya que establece que “todo fabricante, importador o, en su caso, usuario intermedio (art. 4) deberá cumplir con las obligaciones del reglamento en materia de autorización y registro de sus productos con el fin de introducirlos en el mercado europeo. Cfr. otras normas complementarias, por ejemplo, el Reglamento UE 2023/ 923 que restringe el uso y la comercialización de plomo y sus compuestos en artículos de PVC, aunque permite su reciclaje; el Reglamento UE 2025/351 que endurece las reglas de seguridad para los plásticos en contacto con alimentos, con nuevas exigencias en pruebas, etiquetado y documentación.

³⁰ A. BRADFORD, *The Brussels Effect. How the European Union...op.cit.*, p. 197.

norteamericano que europeo ante el estudio de problemas jurídicos complejos³¹, como es el caso de la jurisdicción extraterritorial, que sin duda hay que asentarla en la dimensión internacional del término.

13. La profesora británica Joanne Scott define una nueva modalidad de jurisdicción extraterritorial como “la aplicación de una medida motivada por algo distinto a una conexión territorial con el Estado regulador”. Presenta una nueva perspectiva sobre el principio de los efectos y su incidencia a la jurisdicción extraterritorial que le permite acuñar el término “extensión territorial del ámbito de aplicación del Derecho de la UE”. Para Scott, esta extensión territorial exige la existencia de una “conexión territorial relevante” o un “desencadenante territorial” de la actividad extranjera con la Unión³². Según su taxonomía, una medida se considerará extraterritorial, cuando imponga obligaciones a personas que no disfrutaran de una conexión territorial relevante con el Estado regulador. En cambio, se considerará que una medida da lugar a una extensión territorial de su ámbito de aplicación, cuando su aplicación dependa de la existencia de una conexión territorial relevante, y siempre y cuando la determinación regulatoria relevante esté configurada como una cuestión de derecho por conducta o circunstancias en el extranjero³³. Desde esta perspectiva, el legislador europeo estaría obligado por su propia norma a tener en cuenta la conducta o las circunstancias en el extranjero. Así la UE podría regular actividades que no se centran exclusivamente en su territorio y configurar el enfoque y el contenido del derecho de terceros países, aunque esta práctica resulte controvertida para algunos³⁴.

14. La extensión territorial de las normas europeas debe realizarse, no obstante, de forma cautelosa bajo determinados requisitos y sin infringir los derechos soberanos de los Estados. Scott afirma que esta extensión territorial no es un atajo normativo,³⁵ no pretende un acceso directo a la jurisdicción doméstica de terceros para conseguir efectos jurídicos fuera del territorio de la Unión³⁶, sino que es una forma más de defender sus intereses generales. De hecho, el TJUE reconoció en 2011, que el derecho de la competencia extiende su vinculación a terceros, cuando desestimó una impugnación presentada por empresas de aviación estadounidenses contra el amplio alcance de la Directiva 2008/101/CE, relativa a la inclusión de las actividades de aviación en el régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, modificada en 2017³⁷. Con acierto, ya había señalado el profesor Calvo Caravaca que la legislación comunitaria se puede emplear frente a toda conducta que distorsione la competencia existente en el mercado común. “Esto quiere decir que rigen –prohibiendo, sancionando o, eventualmente, autorizando– aquellos comportamientos que repercuten sobre la oferta o la demanda de los bienes que se producen o se distribuyen y de los servicios que se prestan en el mercado común, cualquiera sea el lugar donde se haya planeado el ilícito concurrencial”³⁸. En cambio, cuando se le planteó si la obligación de eliminar los enlaces web (“derecho al olvido”) debía aplicarse en todo el mundo o limitarse a la Unión – asunto C-507/17 – el alto tribunal no admitió un alcance extraterritorial pleno de las directivas entonces pertinentes y, en consecuencia, estimó que los motores de búsqueda fuera de la UE no estaban obligados a realizar la desreferenciación de la norma europea. El TJUE secundó en este caso al Abogado

³¹ Lo mismo ocurrió hace ya un tiempo ante la cuestionada subjetividad internacional de las empresas. Cfr., J. E. ALVAEZ, “Are Corporations Subjects of International Law?” *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 9, 2011, pp. 1-35; R. MC-CORQUADALE, “The Individual and the International Legal System”, en *International Law*, Malcon Evans, 2006, p. 307-332.; E. LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, “Los actores no estatales internacionales a la luz del Derecho internacional: el caso de las empresas transnacionales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2019, vol. 11 n.º 2 pp. 194-229.

³² J. SCOTT, “Extraterritoriality and territorial extension in EU Law”, *American Journal of Comparative Law*, n.º1, 2014, pp. 87-126.

³³ *Ibid.*, pp. 89-90.

³⁴ *Ibid.*, p. 95.

³⁵ M. CREMONA y J. SCOTT, *The global reach of EU law», EU law beyond EU borders: the extraterritorial reach of EU law*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 38

³⁶ *Ibid.*, p. 41.

³⁷ Asunto C-366/10, *Asociación de Transporte Aéreo de América contra Secretario de Estado de Energía y Cambio Climático* [2011] ECR I-13755.

³⁸ Cfr., A. L. CALVO CARAVACA, P. BLANCO-MORALES LIMONES, “Derecho Antitrust Europeo”, TOMO I “Parte General la Competencia”. 1ª Edición. Majadahonda Madrid: Colex, 2009, p. 219.

General, basándose en el argumento de que el derecho de la UE no contempla instrumentos de cooperación que extiendan ese derecho fuera de su territorio³⁹.

III. La fuerza “creativa” de la legislación europea y los niveles de afectación a terceros

15. La fuerza de la legislación europea reside en su capacidad para establecer un marco jurídico único y vinculante para sus veintisiete Estados miembros y la creación de un mercado interior unificado y consolidado, a pesar de sus diferentes economías y sistemas jurídicos. El atractivo del mercado europeo hace que la Unión sea una potencia influyente, que de forma progresiva y silenciosamente ha ido extendiendo su ámbito de aplicación para controlar las conductas extranjeras que afectan a su mercado, pero también al medio ambiente, a la política de transportes, salud, la seguridad alimentaria, etc.⁴⁰.

16. La afectación de las normas europeas a terceros no significa que en todos los casos los terceros asuman el mismo grado de obligaciones materiales que los europeos. Al contrario, este método o herramienta utilizado por el legislador de la Unión para extender el ámbito de aplicación de una norma sobre actividades que ocurren fuera de sus fronteras, siempre que exista una conexión territorial relevante con la Unión, permite a la Unión condicionar la afectación al tercero, según proceda en cada caso concreto por razón de la materia. En un intento de clasificación de las normas europeas en función de su eficaz oponibilidad frente a terceros o productos originarios de terceros países fuera del espacio aduanero de la Unión, podemos identificar – a grandes rasgos – dos categorías de normas con un nivel divergente de afectación – leve o considerable – ya que difieren significativamente en el grado de obligaciones que exigen al tercero.

1. Un nivel leve de afectación de las obligaciones europeas a terceros

17. La primera categoría de normas europeas que afectan a terceros, pero con un nivel leve de afectación abarcaría todas aquellas normas de la UE que prohíben la introducción o comercialización en el mercado europeo de productos extranjeros por incompatibilidad con el cumplimiento del Derecho internacional, del Derecho internacional de los derechos humanos o la protección del medio ambiente.

18. La Unión prohíbe la comercialización de productos extranjeros que provengan de actos ilícitos internacionales como, por ejemplo, los productos derivados de la deforestación o de la tala ilegal, minerales extraídos de zonas de conflicto armado que financian a grupos rebeldes, o productos realizados por trabajo forzado. En otros casos, la UE justifica la prohibición de productos extranjeros, si no cumplan los estándares ambientales europeos, como es el caso, por ejemplo, de la regulación de pilas y baterías o el mecanismo de ajuste en frontera para proteger el clima. En todos estos casos, la afectación de terceros se califica como leve porque, si bien las normas europeas impactan directamente en el producto extranjero, incluso con la prohibición de su comercialización en la Unión, las obligaciones jurídicas específicas de cada una de estas normas vinculan directamente solo al operador europeo que introduce en el mercado interior el producto prohibido. Así se recoge expresamente, por ejemplo, en el art. 7 del Reglamento UE 2023/1115, sobre la deforestación que contempla que “en caso de que una persona física o jurídica establecida fuera de la Unión introduzca en el mercado productos pertinentes (los prohibidos), la primera persona física o jurídica establecida en la Unión que los comercialice tendrá la consideración de operador en el sentido del presente Reglamento”, y, por tanto, el primer obligado en cumplir las obligaciones materiales de esta norma.

³⁹ Asunto C-507/17 *Alcance territorial del derecho a la desreferenciación* de 24 de septiembre de 2019 ECLI:EU:C:2019:772.

⁴⁰ En materia de salud, *cfr.*, el Reglamento UE 536/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre los ensayos clínicos de medicamentos de uso humano exige que se cumplan con los principios éticos en salud si se hacen ensayos clínicos fuera de la UE, si sus resultados se van a “reintegrar” en la Unión.

19. El Reglamento UE 2023/ 1115, sobre relativo a materias primas y productos asociados a la deforestación y la degradación forestal regula las condiciones de comercialización en el mercado europeo y a la exportación de dichas materias⁴¹. Sus razones no son solo comerciales, sino, que también pretende contribuir a frenar al cambio climático, la pérdida de biodiversidad y la deforestación que afectan a las condiciones de vida sostenibles en la Tierra⁴². Estas razones de sostenibilidad ambiental y social llevan a la UE a promover y aplicar políticas ambiciosas en materia de medio ambiente, de conformidad con el art. 37 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

20. Este Reglamento afecta a la comercialización en la UE de determinadas materias – las denominadas “materias primas pertinentes” – recogidas expresamente en el anexo I (por ejemplo, ganado bovino, cacao, café, palma aceitera, caucho, soja o la madera). Su art. 3 prohíbe la comercialización en el mercado europeo de estas materias y productos pertinentes, si no cumplen tres condiciones concretas: 1.) que estén libres de deforestación; 2.) que hayan sido producidos de conformidad con la legislación pertinente del país de producción, (según los acuerdos específicos) y 3.) que estén amparados por una declaración de diligencia debida. Por ello, todo operador europeo antes de introducir un producto pertinente en el mercado de la UE (art. 4) deber presentar una declaración de debida diligencia, cuyo contenido específico se detalla en el art. 8 del Reglamento que hace referencia a las tres condiciones del art.3. El obligado en cumplir la declaración de debida diligencia es el operador jurídico europeo, al importar e introducir producto extranjero en el mercado de la UE. Pero el extranjero no podrá exportar sus productos, si existe riesgo de que contradigan los criterios europeos y si provienen de la tala ilegal extranjera o de sus derivadores (art. 10). Las autoridades nacionales competentes (art. 17), podrán suspender la introducción en el mercado o comercialización de dichos productos si incumplen las condiciones del Reglamento. La extensión territorial del ámbito de aplicación de este Reglamento afecta directamente a productos extranjeros y sus respectivos Estados, ya que en su art. 29, se establece un sistema de clasificación de los países productores en función del riesgo – alto, bajo o estándar – de que sus productos no cumplan lo dispuesto en el artículo 3, letra a) del Reglamento. Es la Comisión quien elabora y actualiza la lista con sus respectivos niveles de riesgo.

21. El Reglamento UE 2017 / 821, sobre minerales en conflicto⁴³ exige a los importadores de estaño, tantalio, tungsteno y oro de la UE que garanticen que sus importaciones provienen de fuentes responsables, que no financian conflictos armados ni extraen las materias primas con trabajo forzoso (art. 1). Según el considerando 7 del Reglamento, para la Unión es necesario este control del comercio de minerales procedentes de zonas de conflicto, como un elemento de su política comercial, al amparo del art. 207 TFUE, pero también constituye en el contexto de su acción exterior un medio para eliminar la financiación de los grupos armados y la lucha contra la corrupción local. Pero son los importadores de la Unión de minerales o metales que contengan o estén compuestos de estaño, tantalio, wolframio u oro, según las especificaciones del anexo I (art. 1.2), quienes asumen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro (art. 5), y siempre y cuando se trate de un volumen mínimo anual determinado en el citado anexo. Además, los operadores europeos quedan sometidos a auditorías externas (art. 6); deben informar de sus resultados (art. 7); y quedan sometidos a los controles y eventuales sanciones de las autoridades nacionales competentes (art. 11).

⁴¹ Reglamento UE 2023/1115, del Parlamento Europea y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a la comercialización en el mercado de la Unión y a la exportación desde la Unión de determinadas materias primas y productos asociados a la deforestación y degradación forestal, y por el que se deroga el Reglamento UE n° 995/2020, DOUE 9.6.2023, L-2023-080809. Su art. 2 deforestación como “la conversión de bosques para destinarlos a un uso agrario”, entendiéndose por tal el uso del suelo con fines agrarios, incluido el destinado a plantaciones agrícolas y zonas en barbecho y a la ganadería.

⁴² Sobre este Reglamento, *cfr.*, A. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, “Aspectos destacados del Reglamento (UE) 2023/1115 del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de mayo de 2023, relativo a la comercialización en el mercado de la Unión y de la exportación desde la Unión de determinadas materias primas y productos asociados a la deforestación y la degradación forestal”, en *Tendencias en vino y agroalimentación en el siglo XXI*, Elena González y Ángel Sánchez Hernández (coord.), 2025, Universidad de La Rioja, pp. 33-51.

⁴³ Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017 por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro por lo que respecta a los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo. DOUE 19.5.2017 L130/1

22. El Reglamento UE 2024/3015, sobre la prohibición de importación de productos realizados por trabajos forzados⁴⁴, prohíbe a los operadores económicos europeos *introducir y comercializar* en el mercado de la Unión o exportar desde dicho mercado productos realizados con trabajo forzoso, con el fin de mejorar el funcionamiento del mercado interior y contribuir, al mismo tiempo, a la lucha contra el trabajo forzoso (art. 1), por razones de justicia social y de conformidad con los intereses de la comunidad internacional⁴⁵. La Unión prohíbe a todo operador jurídico – importador y exportador – la comercialización en el mercado interior de productos realizados por trabajos forzados (art. 3). Se aplica también a productos en venta en línea (art. 4), que se considerarán comercializados en la UE, si la oferta se dirige a usuarios finales en la Unión y si, por tanto, el operador económico correspondiente dirige sus actividades, por cualquier medio, a un Estado miembro. El Reglamento impone a las autoridades nacionales la obligación de adoptar un sistema efectivo de información y una red de apoyo y colaboración ante productos que presenten riesgo de trabajo forzoso. Será, no obstante, la Comisión quien actúe como autoridad competente, cuando el presunto trabajo forzoso se realice fuera del territorio de la Unión (art. 15). Se podrá solicitar a los operadores económicos y a otros proveedores de productos, información sobre las medidas adoptadas para detectar, prevenir, mitigar, poner fin al riesgo de que exista trabajo forzoso, o proporcionar una reparación en caso de riesgo de trabajo forzoso, en sus operaciones y cadenas de suministro con respecto a los productos sometidos a evaluación (art. 17). Es decir, según los casos, la obligación de diligencia debida no siempre recae sobre el operador europeo, sino también en ocasiones sobre el extranjero. Por ello, el art. 19 del Reglamento permite inspecciones sobre el terreno, si bien de forma respetuosa con la soberanía estatal de los terceros. Su párrafo 2 contempla que, cuando el riesgo de trabajo forzoso se localice fuera del territorio de la Unión, la Comisión será la autoridad competente para llevar a cabo todos los controles e inspecciones que sean necesarios, siempre que los operadores económicos afectados den su consentimiento y que el Gobierno del tercer país en el que vayan a tener lugar las inspecciones haya sido notificado oficialmente y no formule objeciones. Además, de la posible sanción por infracción (art. 3), cabe incluso la retirada o eliminación del producto del mercado europeo, según el art. 23.1 b) y c) del Reglamento.

23. El Reglamento UE 2023/1542, sobre pilas, baterías y sus residuos⁴⁶, endurece sus normas de producción y reciclaje de baterías para impulsar la economía circular y reducir la dependencia de materias primas críticas. Se aplica a todas las categorías de pilas y baterías introducidas en el mercado o puestas en servicio en la Unión, con independencia de que se hayan producido o importando en la Unión. La Unión debe garantizar que las pilas y baterías procedentes de terceros países que entren en el mercado de la Unión (considerando 71) cumplan con el presente Reglamento y otras normas aplicables de la Unión, independientemente de si se importan como tales o de si se incorporan en un producto. Por ello, el Reglamento establece que los operadores económicos (según la amplia definición del art. 3, punto 22) deben responder del cumplimiento de los requisitos establecidos en el Reglamento, con arreglo a su función respectiva en la cadena de suministro. Toda persona física o jurídica (europeo o no) que introduzca en el mercado europeo productos que lleven incorporadas pilas o baterías deben cumplir (art. 5.): a) los requisitos de sostenibilidad y seguridad establecidos en los artículos 6 al 10 y 12 del Reglamento; y b) los requisitos de etiquetado e información establecidos en el capítulo II. Igualmente, se aplicarán los procesos de marcado CE y de verificación para garantizar que las pilas y baterías que se introducen en la UE – provenientes de fabricantes no europeos – cumplen con sus estándares de sostenibilidad y

⁴⁴ Reglamento (UE) 2024/3015 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2024 por el que se prohíben en el mercado de la Unión los productos realizados con trabajo forzoso y se modifica la Directiva (UE) 2019/1937. DOUE-L-2024-81833

⁴⁵ Para un mayor análisis del trabajo forzoso en la Unión, *cfr.*, entre otros, L. CARRILLO POZO, “La lucha contra el trabajo forzoso en la UE”, *Revista Española de Empresas y Derechos Humanos*, n.º 3, julio 2024, pp. 87-121; C. MARTÍNEZ SAN MILLÁN, “European Union’s governance through trade: Considerations on the Proposal for a Regulation on prohibiting products made with forced labour on the Union market”, *Spanish Yearbook of International Law*, vol. 27, 2023, pp. 163-190.

⁴⁶ Reglamento (UE) 2023/1542 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2023 relativo a las pilas y baterías y sus residuos y por el que se modifican la Directiva 2008/98/CE y el Reglamento (UE) 2019/1020 y se deroga la Directiva 2006/66/CE, DOUE 28.7.2023, L191/1

seguridad. Su capítulo VII establece un sistema complejo de diligencia debida, en el que la Comisión adquiere competencias para completar (art. 48) “las medidas de apoyo de los Estados miembros, a partir de acciones existentes de la Unión para fomentar la diligencia debida del operador jurídico en la Unión y en terceros países, y podrá concebir nuevas medidas para ayudar a los operadores económicos a cumplir sus obligaciones con arreglo al presente Reglamento”.

24. El Reglamento UE 2023/ 956, por el que se establece un Mecanismo de ajuste en frontera por carbono (MAFC)⁴⁷, forma parte del conjunto de medidas legislativas conocido como “Objetivo 55”. Este instrumento refuerza la acción por el clima y persigue la reducción interna de las emisiones netas de gases de efecto invernadero. Complementa, además, el régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Unión establecido en virtud de la Directiva 2003/87/CE.

25. En el considerando 14 del Reglamento, la UE reconoce que, si bien el objetivo central del MAFC es prevenir el riesgo de fuga de carbono, el Reglamento pretende incitar también a los productores de terceros países – como objetivo indirecto o secundario – a utilizar tecnologías que sean más eficientes en reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero de modo que se generen menos emisiones en el planeta. Para prevenir la fuga de carbono, el Reglamento impone que los productos importados estén sujetos a un régimen regulador que aplique costes del carbono equivalentes a los soportados en el marco del régimen de comercio de derechos de emisiones de la UE, dando lugar a un precio del carbono equivalente entre los productos extranjeros importados y los europeos. Su objetivo (art. 1) consiste en regular las emisiones de gases de efecto invernadero implícitas en las mercancías enumeradas en el anexo I originarias de terceros países, en el momento de su importación en el territorio aduanero de la Unión y se aplica si se cumplen las condiciones específicas del art. 2.6. a) y b). Se aplica igualmente, a la electricidad “cuando un tercer país o territorio tenga un mercado de la electricidad integrado en el mercado interior de la electricidad de la Unión mediante el acoplamiento de mercado, según las condiciones de los arts. 2.7 y 8 del Reglamento.

27. Las mercancías específicas de los anexos (siderurgia, refinerías, cemento, aluminio, productos químicos orgánicos de base, hidrógeno y fertilizantes) solo podrán entrar al territorio de la UE, con la previa declaración sobre las emisiones implícitas en las mercancías y su autorización (art. 25), tras la verificación realizada por las autoridades nacionales competentes, bajo la supervisión de la Comisión. Según el art. 9, la esencia de del MAFC consiste en el pago compensatorio por el menor precio del carbono pagado efectivamente en el país de origen por las emisiones implícitas en relación con los pagos exigidos en el régimen de comercio de derechos de emisiones de la UE.

28. En el MAFC es importante la vinculación de los terceros, ya que son pocos los Estados no incluidos en el ámbito de aplicación del presente Reglamento a los efectos del artículo 2 (anexo III punto 1)⁴⁸ y además cabe la posibilidad de que “los terceros países o territorios incluidos en el anexo III, punto 2, (en materia de electricidad) pueden ser retirados de dicha lista, cuando se cumpla alguna de las condiciones siguientes: i) si la Comisión tiene motivos para considerar que el tercer país o territorio en cuestión no ha progresado suficientemente como para cumplir alguna de las condiciones establecidas en el apartado 7, o si dicho tercer país o territorio ha tomado medidas incompatibles con los objetivos establecidos en la legislación de la Unión en materia de clima y medio ambiente; o ii) el tercer país o territorio en cuestión ha tomado medidas contrarias a sus objetivos de descarbonización, como, a modo ilustrativo, facilitar apoyo público a la instalación de nuevas capacidades de generación que emitan más de 550 g de dióxido de carbono (CO₂) procedente de combustibles fósiles por kilovatio hora de electricidad. Estas disposiciones serán aplicables a partir del 1 de enero de 2026.

⁴⁷ Reglamento (UE) 2023/956 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023, por el que se establece un Mecanismo de Ajuste en Frontera por Carbono, DOUE L130/52

⁴⁸ A saber: Islandia, Liechtenstein, Noruega, Suiza y los territorios: Büsingen, Isla de Helgoland, Livigno, Ceuta y Melilla.

2. Un nivel considerable de afectación de las obligaciones europeas a terceros

29. Una segunda categoría de normas europeas aplicables a terceros, pero con un nivel considerable de afectación abarcaría todas aquellas normas de la Unión que regulan la conducta de operadores jurídicos no europeos – extranjeros – en la medida en que sus operaciones empresariales realizadas fuera de la UE impactan en el territorio de la Unión. Este tipo de extensión territorialidad de la aplicación de las normas europeas plantea problemas complejos, más aún, cuanto más complejos se vuelven los modelos de negocio y las tecnologías aplicadas por las organizaciones, como es el caso de la digitalización o la inteligencia artificial. En estos casos, la afectación a terceros es “considerable”, porque los operadores o empresas extranjeras quedan directamente obligados por los contenidos sustantivos de las normas europeas de la misma manera que lo están las empresas europeas, bajo las condiciones específicas de cada una de las normas sectoriales y si entran en “contacto” con la Unión. Entre los principales actos jurídicos de la Unión de estas características, cabe destacar, el Reglamento general de protección de datos (2016), varias directivas sobre la sostenibilidad empresarial – en particular la Directiva 2024/1760 sobre la diligencia debida empresarial – y el Reglamento sobre IA (2024).

30. El Reglamento General de Protección de Datos – el Reglamento UE 2016/679, o “RGPD”⁴⁹ – presenta como gran novedad – reglas para la extensión territorial de su aplicación a empresas no establecidas en la Unión⁵⁰. Su art. 3.2, señala que “el presente Reglamento se aplica al tratamiento de datos personales de interesados que residan en la Unión por parte de un responsable o encargado *no establecido en la Unión*, cuando las actividades de tratamiento estén relacionadas con: a) la oferta de bienes o servicios a dichos interesados en la Unión, independientemente de si a estos se les requiere su pago; o b) el control de su comportamiento, en la medida en que este tenga lugar en la Unión. Estas normas de protección de datos personales superan la perspectiva territorial reducida de la de la antigua Directiva 95/46 y se aplica a todas las empresas que tratan (recogen, guardan usan o gestionen) algún tipo de datos de los ciudadanos de la UE, aunque no estén establecidas en la Unión. Lógicamente, la digitalización facilita el acceso a entidades foráneas al mercado europeo y sus usuarios sin que tengan que abrir establecimientos o filias en la UE. El Reglamento quiere asegurarse que el nivel de protección de las personas físicas garantizando en sus normas no se vea menoscabado, e impone que el tercer país al que vayan a ser remitidos los datos personales debe ofrecer un nivel de protección adecuada. A tal fin regula una serie de supuestos en lo que cabe la transferencia internacional de datos (arts. 45 y 46), aunque con sus respectivas excepciones (art. 49).

31. En el caso *Google vs. Costeja*⁵¹, el Tribunal de Justicia de la UE ya había ampliado *de facto* el ámbito de aplicación territorial de las normas europeas a entidades ubicadas fuera de la UE alegando, que “de los considerandos 18 a 20 de la directiva entonces aplicable –la Directiva 95/46– se desprendía que el legislador de la Unión quería evitar que una persona se viera excluida de la protección garantizada por la norma y que se eludiera esta protección, estableciendo un ámbito de aplicación territorial particularmente extenso”. Lo interesante, no obstante, es el alcance de la interpretación del apartado 2 del artículo 3 del RGPD, ya que solo se extenderá el ámbito de aplicación territorial del RGPD a aquellos tratamientos de datos personales de interesados que residan en la UE por parte de cualquier responsable o encargado no establecido en la UE. Pero el considerando 23 del Reglamento recuerda que en relación con el art. 3.2 a) del Reglamento, la mera intención de ofrecer servicios a los europeos no basta para afirmar la exigibilidad del RGPD al prestador no europeo, sino que habrá de tenerse en cuenta otros factores, como por ejem-

⁴⁹ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), DOUE 4.5.2016 L 191/1.

⁵⁰ Para un análisis más completo sobre este RGPD, *cfr.*, entre otros M. BARRIOS ANDRÉS, “Los principios estructurales del Reglamento General de Protección de Datos”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n° 20, 2024, pp. 1322-1341; P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Derecho a indemnización en materia de datos personales aspectos internacionales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 16 (2), 2024, pp. 487-500.

⁵¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, asunto C-131/12 13 de mayo de 2014, apartado 54.

plo, el uso de una lengua o una moneda utilizada generalmente en uno o varios Estados miembros con la posibilidad de encargar bienes y servicios en esa otra lengua, o la mención de clientes o usuarios que residen en la Unión, que el responsable no europeo del tratamiento de datos personales proyecta ofrecer bienes o servicios a interesados en la Unión y, que por lo tanto, queda sometido a las mismas obligaciones que el responsable europeo del tratamiento de los datos. Más complejo se hace aún determinar el alcance del supuesto b) del art. 3.2 del Reglamento, sobre “el control del comportamiento en la media en que este tenga lugar en la Unión”. Para ello, el considerando 24 del Reglamento señala que este supuesto debe entenderse aplicable “cuando esté relacionado con la observación del comportamiento de dichos interesados” en la medida en que este comportamiento tenga lugar en la UE. Por tanto, el requisito para este supuesto es doble: debe referirse a interesados ubicados en la UE y el comportamiento monitorizado debe tener lugar y desarrollarse por dicho interesado también en el territorio de la UE⁵².

32. También el encargado no europeo del tratamiento de los datos personales de interesados que residen en la UE queda obligado – al igual que los encargados europeos – a aplicar los principios de protección de datos, regulados en el Reglamento y que afectan a todos los aspectos relacionados con el tratamiento de tales datos personales, ya que pueden entrañar un daño grave para los derechos y libertades de las personas físicas. Por ello, según el art. 25 del Reglamento, todo responsable del tratamiento aplicará, tanto en el momento de determinar los medios de tratamiento como en el momento del propio tratamiento, medidas técnicas y organizativas apropiadas, como la seudonimización o la minimización de datos, e integrar las garantías necesarias en el tratamiento para proteger los derechos de los interesados. Es decir, el responsable deberá evaluar *a priori* las implicaciones que su tratamiento de los datos podría tener para los interesados, incluidos, los riesgos, amenazas, e impacto en sus derechos. Como recuerda el considerando 78 del Reglamento, el responsable del tratamiento – con independencia de su ubicación – adoptará medidas de seguridad (técnicas, organizativas y jurídicas).

33. La Unión ha aprobado una serie de directivas y reglamentos relativos a la sostenibilidad empresarial⁵³, que obligan tanto a empresas europeas como a las no-europeas, bajo determinadas condiciones. La más rigurosa que impone obligaciones a empresas extranjeras es – sin duda – la Directiva (UE) 2024/1760 sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad (CSDDD)⁵⁴. Esta

⁵² Cfr., al respecto, L. LÓPEZ-LAPUENTE, “La aplicación extraterritorial del Reglamento General de Protección de Datos”, *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, vol. 52, 2019, pp. 136-140, p. 139.

⁵³ Cfr., entre otras, la Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por la que se modifican el Reglamento (UE) n° 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas, DOUE 16.12.2022 L 322/15. Esta directiva La directiva CSDD obliga a determinadas empresas – europeas y extranjeras – a aportar la información necesaria sobre sus actividades para comprender la evolución, los resultados y la situación de la empresa, pero también información para comprender el impacto de las actividades de la empresa sobre las cuestiones medioambientales, sociales y de personal, el respeto de los derechos humanos y la lucha contra la corrupción y el soborno. Este tipo de información beneficia a inversores y consumidores. Quedan directamente vinculadas empresas de terceros países con actividad significativa en el territorio de la UE, es decir, si generan un volumen de negocios neto superior a 150M € o si tienen en la UE, bien una empresa filial que cumpla con los requisitos que se exigen a una sociedad de la UE para reportar (i.e., ser una sociedad cotizada —salvo microempresa— o una gran compañía que cumpla los umbrales a los que nos hemos referido antes) o bien una sucursal con un volumen de negocios neto superior a 40M €. La Directiva 2014/95/UE, de 22 de octubre de 2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos, DO n. L 330 de 15/11/2014. Esta Directiva incorpora en la Directiva 2013/34/UE un nuevo artículo 19 bis, cuyo objetivo es obligar a las grandes empresas de interés público a incluir en su informe de gestión un estado no financiero que contenga información suficiente para comprender el impacto de su actividad en cuestiones medioambientales y sociales, incluyendo el respeto a los derechos humanos. El Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2020 relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/2088, DOUE L 198 de 22/6/2020, establece los criterios para determinar si una actividad económica se considera medioambientalmente sostenible a efectos de fijar el grado de sostenibilidad medioambiental de una inversión.

⁵⁴ Directiva (UE) 2024/1760 Del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024 sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859, DOUE 5.7.2024, L

norma marca un cambio histórico en la responsabilidad corporativa, al exigir a las empresas que incorporen consideraciones ambientales y de derechos humanos en sus sistemas de gestión, sentado las bases para una económica orientada al futuro⁵⁵. Esta Directiva es el resultado final de un largo proceso que culmina imponiendo obligaciones de diligencia debida a las empresas europeas y no europeas⁵⁶, según su volumen de negocio en el mercado de la UE, con el fin de evitar efectos adversos, reales y potenciales, para los derechos humanos y el medio ambiente de sus propias operaciones, de las operaciones de sus filiales y de las operaciones efectuadas por sus socios comerciales en las cadenas de actividades de dichas empresas.

34. Lo determinante – a efectos de este análisis – es que la Directiva se aplicará a empresas no europeas (art. 2.2 de la Directiva), constituidas de conformidad con la legislación de un tercer país, independientemente del sector en el que operen, si cumplan algunas de las siguientes condiciones siguientes: i) que haya generado un volumen de negocios superior a 450.000.000 millones de euros en la Unión en el ejercicio financiero procedente al último ejercicio financiera; ii) aun no habiendo alcanzado los umbrales fijados en la letra a), ser la empresa matriz de un grupo que, en base consolidada, haya alcanzado dichos umbrales en el ejercicio anterior al último ejercicio financiero ; y iii) haber celebrado, o ser la empresa matriz de un grupo que haya celebrado, acuerdos de franquicia o de licencia en la Unión a cambio de cánones con empresas terceras independientes (...) y si dichos cánones alcanzan una cantidad determinada.

35. Toda esta empresa extranjera, que por volumen de negocio generado en la Unión entre en el ámbito de aplicación de la Directiva (art. 2.2.), estará obligada a adoptar medidas internas de debida diligencia (art. 5), basada en el riesgo de que sus acciones económicas produzcan efectos adversos graves de carácter social y ambiental a lo largo de su cadena de valor. Este nuevo concepto incluye las actividades de los socios comerciales ascendentes relacionadas con los productos y servicios de la empresa en cuestión, así como las actividades de los socios comerciales descendentes, pero se limita a la distribución, el transporte y el almacenamiento de productos, siempre que estas actividades se realicen para la empresa o en su nombre (art. 3.1.g)⁵⁷.

36. La obligación de debida diligencia que recae sobre las empresas – europeas y no-europeas –, según su tamaño (art. 2.1 y 2 de la Directiva), implica la obligación de integrar procesos de diligencia debida en sus políticas y sistemas de gestión de riesgos (art. 7); para detectar y evaluar efectos adversos reales y potenciales que sus actuaciones, las de sus filiales o socios comerciales puedan tener sobre los derechos humanos y el medio ambiente (art. 8); priorizar dichos efectos adversos (art. 9), a la hora de prevenir los potenciales (art. 10), y eliminar y reparar los reales (arts. 11 y 12); colaborar de forma efectiva con las partes interesadas (art. 13); instaurar un mecanismo que permita a las personas y entidades efectuar reclamaciones ante ellas en relación con los efectos adversos que puedan causar sus actividades, las de sus filiales o socios comerciales (art. 14); llevar a cabo evaluaciones periódicas de sus operaciones, las de sus filiales y las de sus socios comerciales (art. 15), y publicar anualmente una

⁵⁵ G. RICHARDSON, “The Alien Tort Statute and U.S. Extraterritorial Jurisdiction: Legal and Economic Corporate Governance Implications Beyond *Al Shimari v. CACI Int'l*”, *Minnesota Journal of International Law*, Vol. 34, 2025, pp. 333-367, en particular, p. 349; G. PALAO MORENO, “La Estrategia Europea sobre diligencia debida y «cadenas de valor»: una aproximación desde el Derecho Internacional privado», en Ortega Giménez, A., Heredia Sánchez, L., Gómez Jene, M. (dirs.), *Estrategia Europea 2030 y sus retos sociales. Una lectura desde el Derecho Internacional privado*, obra colectiva, Tirant lo Blanch, 2023, p. 33; C. MARQUEZ CARRASCO, “Todos los ojos puestos en Bruselas: las claves sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial”, *Revista Española de Empresas y Derechos Humanos*, n° 1, 2023, pp.5-36; M. FASCIGLIONE, *Impresa e diritti umani nel diritto internazionale. Teoria e prassi*, Giappichelli, 2024, 388 p.

⁵⁶ Cfr., D. IGLESIAS MÁRQUEZ, “Empresas, derechos humanos y el régimen internacional del cambio climático: la configuración de las obligaciones climáticas para las empresas”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2020, pp. 85-134.

⁵⁷ B. HOGAN, J. REYES, “Downstream Human Rights Due Diligence: Informing Debate Through Insights from Business Practice”, *Business and Human Rights Journal*, vol. 8, 2023, pp. 434-40. N. BUENO, et al., “The EU Directive on Corporate Sustainability Due Diligence (CSDDD): The Final Political Compromise”, *Business and Human Rights Journal*, vol. 9, 2024, pp. 294-300, p. 296.

declaración en la que informen sobre los aspectos regulados en la Directiva (art. 16). El art. 27 regula las sanciones que se derivan del incumplimiento de todas estas obligaciones.

37. El Reglamento (UE) 2024/1689 sobre inteligencia artificial (IA) tiene por objetivo (art.1), mejorar el funcionamiento del mercado interior y promover una inteligencia artificial centrada en la persona, fiable que garantice la salud, la seguridad y los derechos fundamentales consagrados en la Carta Europea de Derechos fundamentales. Su ámbito de aplicación se extiende a los proveedores que comercialicen con sistemas de IA situados fuera de la UE⁵⁸, cuando los resultados de salida de la IA se utilicen en la Unión, de conformidad con el artículo 2.1 del RIA⁵⁹. El alcance territorial de esta norma es casi universal, ya que se aplica no solo a los proveedores que comercializan sistemas de IA o modelos GPAI en la UE y a los proveedores y responsables del despliegue de sistemas de IA con un lugar de establecimiento en la UE; sino que también – he aquí lo destacable a efectos de este estudio – a los proveedores y responsables del despliegue situados *fuera* de la UE, cuando los resultados de salida generados por el sistema de IA se utilicen en la Unión independientemente del lugar de su establecimiento. Es decir, tiene un enfoque mucho más amplio que el art. 3.2 del RGPD. El considerando 21 del Reglamento IA explica su razón de ser en la necesidad de “garantizar la igualdad de condiciones y la protección efectiva de los derechos y libertades de las personas en toda la Unión, por lo que las normas establecidas en el presente Reglamento deben aplicarse a los proveedores de sistemas de IA sin discriminación, con independencia de si están establecidos en la Unión o en un tercer país, y a los responsables del despliegue de sistemas de IA establecidos en la Unión.

37. El ámbito territorial (y personal) de aplicación del RIA resulta complejo⁶⁰. El art. 2.1 contempla la aplicación a: a) los proveedores que introducen en el mercado o ponen en servicio sistemas de IA o modelos de IA de uso general en la Unión, con independencia de si están “establecidos o ubicados” en la Unión o en un tercer país; b) los responsables del despliegue de sistemas de IA que estén establecidos o ubicados en la Unión; c) los proveedores y responsables del despliegue de sistemas de IA que estén establecidos o ubicados en un tercer país, “cuando los resultados de salida generados por el sistema de IA se utilicen en la Unión”; d) los importadores y distribuidores de sistemas de IA en la UE; e) los fabricantes de productos que introduzcan en el mercado o pongan en servicio un sistema de IA junto con su producto y con su propio nombre o marca en la Unión; f) los representantes autorizados de los proveedores que no estén establecidos en la Unión; y g) las personas afectadas que estén ubicadas en la Unión.

38. En este contexto, el art. 2.1c) del Reglamento merece especial atención, cuando establece que “se aplicará a: [...] c) los proveedores y responsables del despliegue de sistemas de IA que estén establecidos o ubicados *en un tercer país*, cuando los resultados de salida generados por el sistema de IA se utilicen en la Unión”. Deberá aplicarse, incluso, aun cuando el proveedor/responsable del despliegue no haya intentado dirigir sus actividades a la UE. Según una interpretación literal del artículo 2.1.c) cabe sostener que un proveedor/responsable del despliegue radicado fuera de la UE puede estar sujeto al Reglamento, cuando el resultado del sistema de IA se dirige a la UE, aunque aquél no lo hubiera deseado. Los primeros estudios sobre esta cuestión⁶¹, apuntan a que la aplicación del art. 2.1.c) del RIA es, en el

⁵⁸ Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n° 300/2008, (UE) n° 167/2013, (UE) n° 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial)

⁵⁹ Para un mayor análisis de este Reglamento, *cfr.*, entre otros, M. BARRIOS ANDRÉS, “Los sujetos obligados en el Reglamento UE de inteligencia artificial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2025), Vol. 17, N.º 2, pp. 69-79; T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, “Artículo 2. Ámbito de aplicación”, en M. Barrio Andrés (dir.), *Comentarios al Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial*, Madrid, Editorial Aranzadi LA LEY, 2024, pp. 149 y ss. M. BARRIO ANDRÉS, “Consideraciones sobre el ámbito extraterritorial del Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial”, *Derecho Digital e Innovación*, N.º 20, 2024.

⁶⁰ A. DE MIGUEL ASENSIO, “Reglamento (UE) 2024/1689 de inteligencia artificial y derecho internacional privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 77, 2025, 1, pp. 223-236, p. 228

⁶¹ J. A. SÁNCHEZ SÁEZ, *Claves del Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial: Análisis y Comentarios*, Estudios Aranzadi 2025, 410p.

mejor de los casos, incierta y, en el peor, altamente expansiva. Todos los operadores involucrados en los servicios de IA – europeos y foráneos – quedan obligados a actuar con debida diligencia en la creación y utilización de sistema de IA, en general. Pero el RIA prohíbe, en particular, ciertas prácticas (art. 5), y establece que todo servidor deberá clasificarse función del riesgo que genera (arts. 6, 7, 8 y 9). Todo ello deberá estar bajo supervisión humana (art. 14), incluida evaluación del impacto relativo a los derechos humanos por los sistemas de IA de alto riesgo (art. 27).

IV. Fundamento de la extensión territorial: la protección de intereses generales y fundamentales de la Unión

39. La expansión territorial del ámbito de aplicación de una norma se puede fundamentar también en el principio de protección, reconocido por el Derecho internacional, según el cual la jurisdicción de un Estado se puede extender respecto de personas, bienes o actos del extranjero que constituyan una amenaza para los intereses fundamentales del Estado⁶². Desde este prisma, la Unión podría extender igualmente el ámbito de aplicación de sus normas para proteger sus intereses fundamentales, establecidos en los Tratados dentro de los límites de sus competencias frente personas, bienes o actos del extranjero, si ponen en peligro el funcionamiento del mercado interior, la protección del medio ambiente, la salud humana...etc. Podría igualmente extender territorialmente sus normas, movida por la necesidad de proteger la integridad y eficacia de su propio ordenamiento jurídico. Ahora bien, tanto las prioridades sustantivas del funcionamiento del mercado interior y la sostenibilidad ambiental y social de sus políticas, como la salvaguarda de los rasgos propios y característicos del Derecho de la Unión, constituyen intereses generales y legítimos de protección por parte de la Unión, que justifican la extensión de las obligaciones europeas a terceros⁶³.

1. Por razones de sostenibilidad ambiental y social

40. La diversos reglamentos y directivas analizados anteriormente sirven para ilustrar cómo la Unión extiende sus obligaciones a terceros no-europeos, pero que, lógicamente, responden a los objetivos específicos de las competencias atribuidas a la UE. No se puede trazar una línea divisoria nítida entre los aspectos ambientales y los sociales objeto de protección en las normas de la Unión, ya que las normas europeas, en general, tienen carácter antropocéntrico y la protección al ser humano es también el centro de las preocupaciones de la tutela medioambiental. Esta fuerte conexión entre los derechos humanos y las agresiones al medio ambiente no es una innovación de la Unión; al contrario, hunde sus raíces en el Derecho internacional, en concreto, en la Declaración de Estocolmo de 1972. En la actualidad, sigue teniendo efectos jurídicos en el conjunto del continente europeo, como se confirma en la sentencia *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz v. Switzerland* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶⁴. De ahí que en la *ratio legis* de las normas europeas con alcance extraterritorial resulte difícil disociar las motivaciones de sostenibilidad ambiental de las de carácter social. Cada norma refleja, no obstante, las prioridades discrecionales del legislador respecto a los pilares de la sostenibilidad.

41. Las normas relativas a la deforestación y la degradación forestal, los minerales en conflicto, y las pilas, baterías y sus residuos, así como el nuevo mecanismo de arreglo en frontera por carbono son herramientas concretas para hacer efectivos los objetivos medioambientales, principalmente, pero también sociales. La política ambiental de la UE (art. 191 TFUE) persigue: i) la conservación, la protección

⁶² CDI, *op. cit.*, punto 12.

⁶³ A. C. GALLEGO HERNÁNDEZ, “La aplicación de la extensión territorial del Derecho de la Unión Europea”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, N.º 62/2020, pp. 297-313, en particular, p. 311; J. SCOTT, “Extraterritoriality and territorial... *op. cit.*”, p. 121.

⁶⁴ *Cfr.*, Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de abril de 2024, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz y Otros c. Switzerland* (Application 53600/20)

y mejora del medio ambiente – deforestación –; ii) la proteger la salud de las personas – pilas, baterías y residuos –; iii) la utilización prudente y racional de los recursos naturales – minerales en conflictos –; y iv) el fomento de medidas a escala internacional para hacer frente a los problemas del medio ambiente y, en particular a luchar contra el cambio climático. Sin duda alguna, el nuevo Mecanismo de ajuste en frontera por carbono es un instrumento ingenioso de la UE para luchar contra el cambio climático, que forma parte del conjunto de medidas legislativas conocido como “Objetivo 55” del Pacto Verde. Pretende reducir las emisiones de gases de efecto invernadero no solo en la UE, sino también en terceros, haciendo que no sea competitivo la importación de productos extranjeros producidos con altas cuotas de contaminación atmosférica. Según el considerando 15 del Reglamento MAFC es “una medida en favor del clima que debe apoyar la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero mundiales y prevenir el riesgo de fuga de carbono, garantizando al mismo tiempo la compatibilidad con la normativa de la Organización Mundial del Comercio”. La Unión junto con sus Estados tienen la obligación de proteger la atmósfera, porque es una “preocupación común de la humanidad”⁶⁵, ejerciendo la debida diligencia en la adopción de medidas apropiadas. Se trata de una obligación que implica adoptar normas y medidas apropiadas, y ejercer cierto grado de vigilancia en su aplicación, así como en el control administrativo de los operadores públicos y privados, por ejemplo, asegurando la vigilancia de las actividades realizadas por dichos operadores, con el fin de preservar los derechos de la otra parte.

42. Con términos semejantes, en los considerandos 34, 52 y 65 y 143 del Reglamento UE 2023 sobre pilas y residuos se explica la necesidad de garantizar un nivel elevado de protección de los intereses públicos para contribuir al funcionamiento del mercado interior y evitar y reducir los impactos adversos de las pilas o baterías y sus residuos para asegurar un elevado nivel de protección de la salud humana, la seguridad de las personas, los bienes y el medio ambiente. En el fondo, este Reglamento refleja que el medio ambiente y la sostenibilidad se pueden proteger de forma indirecta a través de derechos humanos tradicionales. Por ello, el art. 5 a) del Reglamento dispone que toda persona física o jurídica (europeo o no) que introduzca en el mercado europeo productos que lleven incorporadas pilas o baterías deben cumplir los requisitos de sostenibilidad y seguridad establecidos en los artículos 6 al 10 y 12 del Reglamento.

43. La lucha contra el cambio climático también es esencial para la Directiva sobre la diligencia debida empresarial, que impone un plan de transición para la mitigación del cambio climático que tenga por objeto garantizar la compatibilidad del modelo de negocio y de la estrategia de la empresa con la transición a una economía sostenible y con la limitación del calentamiento global a 1,5 °C, en consonancia con el Acuerdo de París (arts. 1.c) y 22 de la Directiva). Esta Directiva tiene una gran envergadura con repercusiones jurídicas importante a todos los efectos, pero principalmente, porque marca el camino de transición hacia una sociedad más justa y respetuosas – como el ODS 16 de la Agenda 2020 – con los derechos humanos y el medio ambiente⁶⁶. Pero además aúna la sostenibilidad ambiental y social al exigir a todas las empresas que recaen bajo su ámbito de aplicación (art. 2) deben hacer frente, por una parte, a los “efectos adversos para el medio ambiente”, entendidos como las consecuencias adversas para el medio ambiente derivadas de la infracción de las prohibiciones y obligaciones que se enumeran en el anexo, parte I, sección 1, puntos 15 y 16, y parte II, de la presente Directiva. Y, por otra, hacer frente igualmente a los “efectos adversos para los derechos humanos”, que se derivan de: i) la vulneración de alguno de los derechos humanos enumerados en el anexo, parte I, sección 1, de la presente Directiva, ya que dichos derechos humanos están amparados por los instrumentos internacionales que figuran en el anexo, parte I, sección 2, de la presente Directiva; y ii) la vulneración de un derecho humano no enumerado en el anexo, parte I, sección 1, de la presente Directiva, pero amparado por los instrumentos

⁶⁵ De conformidad con lo establecido en la resolución 43/53 de la Asamblea General, de 6 de diciembre de 1988. Principio 21 de la Declaración de Estocolmo de 1972: “los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional”. El principio también queda reflejado en el principio 2 de la Declaración de Río de 1992.

⁶⁶ A.I. SERRANO ESTEBAN, “Análisis de la directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad (CSDDD) de 24 de abril de 2024”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 7, 2024, p.3.

de Derechos humanos que figuran en el anexo, parte I, sección 2, de la presente Directiva. Incluye, por ejemplo, la prohibición del empleo de menores, si interrumpe la obligación escolar o, en todo caso, menores de quince años, salvo que el Derecho del lugar de trabajo así lo disponga, de conformidad con el art. 2.4 del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre la edad mínima para el empleo (1973) y todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud. Supone, para algún sector doctrinal, una nueva faceta de obligaciones bien establecidas en el contexto de los derechos humanos⁶⁷.

44. Todos estos instrumentos jurídicos se complementan entre sí, ya que, por razones de sostenibilidad, la debida diligencia empresarial de la UE que recae sobre los operadores jurídicos europeo y no-europeos garantiza no solo el cumplimiento de las normas en el país de producción, sino que también prohíbe la comercialización de productos realizados por trabajo forzoso o productos que contribuyen a la deforestación o al extractivismo ilegal⁶⁸.

45. La Corte Internacional de Justicia ha señalado en reiteradas ocasiones que “la existencia de la obligación general de los Estados de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción y control respeten el medio ambiente [...] en las zonas situadas más allá del control nacional forma parte ya del *corpus* del Derecho internacional”⁶⁹ y reconoce la importancia del respeto del medio ambiente “no solo para los Estados, sino también para la humanidad en su conjunto”⁷⁰. Igualmente, el tribunal arbitral del caso relativo a la *Iron Rhine Railway* estableció que “el deber de prevenir, o al menos mitigar, [un daño sensible al medio ambiente] [...] se ha convertido en un principio de Derecho internacional general”⁷¹. Más recientemente, el Tribunal de La Haya en su Opinión consultiva de 2025 recuerda el alcance de las obligaciones de los Estados frente a la actual emergencia climática⁷². Se reafirma la obligación de los Estados de prevenir daños significativos al sistema climático mediante la diligencia debida, extendiendo su responsabilidad a la omisión de regular adecuadamente a los actores privados⁷³, y subraya que el incumplimiento de “cualquiera de las obligaciones”, como la debida diligencia⁷⁴, puede constituir potencialmente un hecho internacionalmente ilícito⁷⁵. Reafirma que los Estados tienen el deber de prevenir daños significativos al medioambiente (*erga omnes*)⁷⁶ y que la falta de regulación adecuada de actores privados puede constituir un hecho internacionalmente ilícito atribuible al Estado⁷⁷. En esencial, los siete criterios del Tribunal de La Haya en relación con la debida diligencia en materia ambiental⁷⁸, casan plenamente con las seis etapas de la diligencia debida previstas en la Directiva 2024/1760⁷⁹, que reflejan a su vez, las definidas en la *Guía de la OSCE de debida diligencia para una conducta empresarial responsable*⁸⁰. Ni la Corte Internacional de Justicia, ni la directiva europea sobre la diligencia

⁶⁷ Cfr., M. MONNHEIMER, *Due Diligence Obligations in International Human Rights Law*, Cambridge University Press, 2021, pp. 315–317.

⁶⁸ C. MÁRQUEZ CARRASCO, “Todos los ojos puestos en Bruselas...”, *op. cit.*, p. 14.

⁶⁹ I.C.J. *Reports* 1996, Opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares, pp. 226 y ss., en especial pp. 241 y 242, párr. 29.

⁷⁰ I.C.J. *Reports*, 1997, en el asunto de Gabčíkovo-Nagymaros, de 25 de septiembre, p. 41, párr. 53; I.C.J. *Reports* 2010, C.J. en el asunto *Pulp Mills on the River Uruguay*, p. 78, párr. 193.

⁷¹ Award in the Arbitration regarding the Iron Rhine (“Ijzeren Rijn”) Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands, decisión de 24 de mayo de 2005, Naciones Unidas, Reports of International Arbitral Awards, vol. XXVII, pp. 35 a 125, en particular, pp. 66 y 67, párr. 59.

⁷² I.C.J. *Reports*, 2025, Opinión consultiva de 23 de julio de 2025, párr. 73.

⁷³ *Ibid.*, párr. 457.

⁷⁴ *Ibid.*, párr. 282.

⁷⁵ *Ibid.*, párr. 207.

⁷⁶ *Ibid.*, párr. 440.

⁷⁷ *Ibid.*, párr. 428.

⁷⁸ I.C.J. *Reports*, 2025, Opinión consultiva de 23 de julio de 2025, párrs. 280-300.

⁷⁹ Recuérdese que son: (1) integrar la diligencia debida en las políticas y los sistemas de gestión; (2) detectar y evaluar los efectos adversos en los Derechos humanos y el medio ambiente; (3) prevenir, interrumpir o minimizar los efectos adversos reales y potenciales en los Derechos humanos y el medio ambiente; (4) supervisar y evaluar la eficacia de las medidas; (5) comunicar y (6) reparar.

⁸⁰ Cfr., https://www.oecd.org/content/dam/oecd/es/publications/reports/2018/02/oecd-due-diligence-guidance-for-responsible-business-conduct_c669bd57/14922561-es.pdf

debida empresarial innovan radicalmente, sino que refuerza los principios generales ya consolidados en el Derecho internacional ambiental y de la responsabilidad estatal⁸¹.

46. Aunque las razones de la sostenibilidad ambiental y social no se pueden disociar fácilmente, algunas normativas europeas con alcance extraterritorial otorgan, no obstante, prioridad al carácter social sobre el ambiental. En el contexto de la política comercial, el Reglamento de 2017 sobre minerales en conflicto permite a la Unión “romper el nexo entre los conflictos y la explotación ilegal de minerales” (considerando 1 del Reglamento). Es una herramienta esencial para garantizar la paz, el desarrollo y la estabilidad, e intentar frenar las violaciones de los derechos humanos tan habituales en zonas de conflicto (considerando 3). El objetivo de este Reglamento consiste en garantizar el abastecimiento responsable de minerales por lo que imponer obligaciones de diligencia debida en la cadena de suministro a todos los agentes económicos que han de supervisar y administrar sus compraventas en atención los efectos sociales negativos del extractivismo ilegal (considerando 11). Si bien es cierto, que el control sobre el comercio de minerales procedentes de zonas de conflicto, es una acción concreta de la política exterior de la UE, las obligaciones materiales del Reglamento contribuyen a eliminar la financiación de los grupos rebeldes, la corrupción local, al refuerzo de las fronteras y la seguridad de la población local (considerando 7).

47. También el Reglamento de 2024 sobre la prohibición de comercialización de productos realizados con trabajo forzoso es otra medida legislativa de mercado interior, pero con un marcado carácter social. La erradicación del trabajo forzoso y la protección de la dignidad humana son una prioridad para la Unión, consagrada en el art. 21 TUE; que responde a la meta 8.7 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas. Es un interés general de la Unión y un límite a la acción de las instituciones por mandato de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 51), cuyo art. 5 prohíbe de forma expresa la esclavitud, la servidumbre, el trabajo forzado u obligatorio y la trata de seres humanos. Por ello, su considerando 18 recuerda que “la prohibición de los productos realizados con trabajo forzoso debe aplicarse a los productos para los que se haya utilizado trabajo forzoso en cualquier fase de su producción, fabricación, cosecha o extracción, lo que incluye las operaciones de elaboración o de transformación relacionadas con dichos productos. Además, esa prohibición debe aplicarse a todos los productos, de cualquier tipo, incluidos sus componentes, y se aplicará a los productos independientemente del sector, del origen, de que sean nacionales o importados, o de que se introduzcan o se comercialicen en el mercado de la Unión o se exporten”.

48. También el RGPD tiene un carácter social fundamental al proteger los derechos y libertades de las personas físicas, cuando sus datos están siendo tratados por el sector privado y la mayor parte del sector público. Su objetivo principal es la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y las normas relativas a la libre circulación de tales datos (art. 1.) y a la protección de los datos personales (art. 1.2). Esta de protección de las personas es un mandato del artículo 8. 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y del artículo 16.1 del TFUE. Con este nuevo marco jurídico, la UE pretende contribuir a la plena realización de un espacio de libertad, seguridad y justicia y de una unión económica, al progreso económico y social, al refuerzo y la convergencia de las economías dentro del mercado interior, así como al bienestar de las personas físicas (considerando 2). El art. 7 regula el consentimiento del interesado para el tratamiento de sus datos, y prevé normas particulares para los datos que afectan a menos (art. 8), y para los datos de carácter penal (art. 10). Se garantiza la información y el acceso a los datos personales (art. 13), y el derecho de acceso (art. 15), de rectificación (art. 16), el de suspensión (art. 17), la portabilidad de los datos (art. 20), y el derecho de oposición (art. 21).

⁸¹ A. ORFORD, “Reparations, Climate Change, and the Background Rules of International Law”, *American Journal of International Law*, vol. 119, n.º 3 (julio de 2025), pp. 452-483. Para un estudio más profundo sobre esa cuestión, cfr., C. MARQUEZ CARRASCO, “Empresas, derechos humanos y derecho internacional del clima: Convergencias y tensiones normativas en las opiniones consultivas de la CIJ y la Corte IDH (2025)”, *Revista Española de Empresas y Derechos Humanos*, n.º 5, octubre 2025, pp. 59-82

49. Igualmente, los objetivos del RIA tienen un marcado carácter social. Quedan sintetizados en su art. 1.1. En primer lugar, pretende garantizar la tutela de los derechos fundamentales de las personas situadas en la UE frente a las amenazas y riesgos que suscitan los sistemas de IA. Vinculado con este objetivo, se persiguen otros de carácter más económico, como el asegurar el funcionamiento del mercado interior y la libre circulación de mercancías y servicios basados en la IA en la UE. Y, como tercer objetivo, pretende reforzar la innovación en materia de IA. Según su *ratio legis*, el RIA pretende impulsar “los valores de la Unión consagrados en la Carta, lo que facilitará la protección de las personas físicas, las empresas, la democracia, el Estado de Derecho y la protección del medio ambiente y, al mismo tiempo, impulsará la innovación y el empleo (...), (considerado 2). Su aplicación efectiva proporcionará ventajas competitivas esenciales en casi todos los ámbitos (considerando 4), ya que IA es una tecnología centrada en el ser humano y una herramienta para las personas y su bienestar (considerando 6). Por ello, el RIA ofrece “un nivel elevado de protección de los intereses públicos, como la salud y la seguridad y la protección de los derechos fundamentales, incluidos la democracia, el Estado de Derecho y la protección del medio ambiente, reconocidos y protegidos por el Derecho de la Unión” (considerado 8). Su aplicación no pretende menoscabar el Derecho vigente de la Unión en materia de protección de datos, protección de los consumidores, derechos fundamentales, empleo, protección de los trabajadores y seguridad de los productos, sino completarlos y reforzarlos desde los sistemas IA (considerando 9).

2. Por razones de autonomía del Derecho de la UE y el efecto útil de sus normas

50. Al Tribunal de Justicia de la Unión Europea le compete garantizar la coherencia y la unidad en la interpretación del Derecho de la Unión. Debe asegurarse que los objetivos e interés de la UE no se vean socavados por actividades que ocurren fuera de sus fronteras y, al mismo tiempo, debe garantizar la primacía y la interpretación uniforme del Derecho de la UE frente a su evasión por parte de actores externos. En el ejercicio de estas funciones, la jurisprudencia consolidada del Tribunal ha ido desarrollando una serie de principios esenciales que garantizan la coherencia, uniformidad y eficacia del Derecho de la UE. Estos principios también fundamentan y justifican – a efectos de este trabajo – el interés general de la Unión en la extensión territorial del ámbito de aplicación de su Derecho.

51. En el asunto 48/39, relativo a la competencia de la Comisión para imponer multas a sociedades establecidas fuera del mercado común ante sus prácticas contrarias a la libre competencia, de 1972, el entonces Abogado General Henry Mayras defendió en sus Conclusiones generales que “negar a las autoridades comunitarias el derecho de ejercitar las facultades que les atribuye el propio artículo 85 [actual artículo 105 TFUE] frente a cualquier empresa exterior al mercado común – sin perjuicio de las competencias de ejecución – conduciría *a privar, en gran parte, de sentido a estas disposiciones y, en cualquier caso, a anular su eficacia*. De afirmarse lo contrario, la UE quería desarmada si, ante una práctica concertada adoptada por iniciativa y bajo la responsabilidad exclusiva de empresas exteriores al mercado común, no tuviera la posibilidad de adoptar alguna decisión contra estas últimas”⁸². Supondría – según el Abogado General – renunciar a la protección del mercado común necesaria para el logro de los objetivos primordiales de la entonces Comunidad Económica Europea.

52. En reiteradas ocasiones, el TJUE ha manifestado que la eficacia de los objetivos de los Tratados no debe poner en peligro la autonomía del sistema jurídico de la Unión⁸³. Este complejo principio de autonomía del Derecho de la UE, acuñado por el TJUE en la sentencia *Van Gend & Loos*⁸⁴ y

⁸² Cfr. Conclusiones generales del sr. Mayras, 1972, relativas al asunto 48/39, “Imperial Chemical Industries vs. Comisión”, p. 186, en En <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61969CC0048>

⁸³ Cfr., los Dictámenes 1/00, EU:C:2002:231, apartados 21, 23 y 26, y 1/09, EU:C:2011:123, apartado 76; y Sentencia *Kadi y Al Barakat International Foundation/Consejo y Comisión*, Asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P. (EU:C:2008:461), de 8 de septiembre de 2008, apartado 282.

⁸⁴ Sentencia, de 5 de febrero de 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62, pp. 340.

el Dictamen 1/91⁸⁵ es una de las piedras angulares del Derecho de la Unión⁸⁶ y goza de reconocimiento general, a pesar de ciertos usos desproporcionados y criticables⁸⁷. Este principio garantiza – entre otras cosas – a las instituciones el poder disponer de procedimientos de producción normativa propios para la consecución de los objetivos comunes, y que las características de sus normas, efectos y recursos jurisdiccionales propios no dependen del derecho nacional, por lo que es “*autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros*”⁸⁸ y “*no se le puede oponer ninguna norma del Derecho nacional*”⁸⁹. En este orden de cosas, tampoco le será oponible al Derecho de la UE normas de terceros Estados, cuando los operadores jurídicos (empresas principalmente) de Estados no europeos quieran expandir sus actividades económicas en el mercado de la UE, por lo que deberán cumplir – *de facto* o *de iure* – las normas que rigen este mercado. Pero la Abogada General Juliane Kokott ahonda en la autonomía del Derecho de la Unión más allá de la relación que existe entre el Derecho de la Unión y el Derecho de los Estados miembros, y considera que debe ser respetada igualmente en las relaciones con terceros⁹⁰. Desde la perspectiva de Kokott, si un producto extranjero – ya sean pilas, minerales críticos o madera libre de deforestación – cumple los estándares europeos de diligencia debida ambiental y social, al margen de que además cumpla otros criterios más exigentes, dicha circunstancia no resultaría contrario al principio de autonomía del Derecho de la UE, cuando dicho producto extranjero entre al mercado europeo. En tal caso, no es desatinado afirmar que la autonomía del Derecho de la Unión justifica la aplicación de sus normas de mercado interior a productos extranjeros y que una norma extranjera no puede socavar o mermar la unidad del mercado europeo y la autonomía de su Derecho.

53. El efecto útil de las normas europeas es otro rasgo fundamental del ordenamiento jurídico de la Unión de construcción jurisprudencial y asentado en la doctrina⁹¹. En la sentencia *Van Duyn*⁹², el TJUE reconoció que, si una directiva europea obliga a los Estados miembros a adoptar un comportamiento determinado, sus efectos jurídicos se encontrarían claramente debilitados, si se niega todo efecto directo a dicha directiva en caso de no transposición en el tiempo previsto. Lo mismo podría decirse, si una norma – como, por ejemplo, los arts. 8-15 de la Directiva 2024/1760 – no pudiese extender sus obligaciones a determinados terceros no-europeos, sus objetivos y efecto útil quedarían debilitados, si productos o empresas extranjeras que participan en el mercado interior no quedasen sometidos a las mismas obligaciones de diligencia debida ambiental y social que los europeos⁹³. Incluso, tales productos o empresas (extranjeros) quedarían igualmente impedidos de prevalecerse en justicia de los beneficios de las normas europeas.

⁸⁵ Dictamen 1/91, de 14.12.1991, Acuerdo AELC, apartado 21.

⁸⁶ Sentencia, de 5 de febrero de 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62.; sentencia Costa (6/64, EU:C:1964:66) Sentencia de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, apartado 3 y, más recientemente, el dictamen 1/09 (EU:C:2011:12)3, apartado 65.

⁸⁷ Cfr., entre otros, J. MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES, “El TJUE pierde el rumbo en el Dictamen 2/13 : ¿merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 19, n° 52, 2015, pp. 825-869; R. ALONSO GARCÍA, “Sobre la adhesión de la UE al CEDH (o cómo del dicho al hecho, hay un gran trecho)”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n° 53, 2015, pp. 11-16.

⁸⁸ Sentencia, de 5 de febrero de 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62.

⁸⁹ Sentencia de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70.

⁹⁰ OPINIÓN DE LA ABOGADO GENERAL SRA. JULIANE KOKOTT, presentada el 13 de junio de 2014 Procedimiento de dictamen 2/13, iniciado a petición de la Comisión Europea (ECLI:EU:C:2014:2475), párr. 159, donde además trae a colación casos anteriores relativos a acuerdos internacionales entre la UE y terceros Estados donde se cuestionaba la autonomía del derecho de la UE. Cfr., Dictámenes 1/91 (EU:C:1991:490), apartado 30, 1/92 (EU:C:1992:189), apartado 18, 1/00 (EU:C:2002:231), apartado 11 y 1/09 (EU:C:2011:123), apartado 67.

⁹¹ Cfr., entre otros, M. DOMAŃSKA, D. MIĄSIK, M. SZWARC (eds.), *National courts and the application of EU Law*, London, New York: Routledge Taylor & Francis Group, 2024, 370p.; P.M., QUESADA LÓPEZ, *El principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea y su impacto en el derecho procesal nacional*, Nacional, Iustel, 2024, 268 p; F. AMTEMBRIK, P. VAN DEN BERG, (eds.), *The constitutional integrity of the European Union*, T.M.C. Asser Press, 2010, 270 p.

⁹² Sentencia, de 4 de diciembre de 1974, *Van Duyn*, 41/74, apartados 9 a 15.

⁹³ Sobre la necesidad de garantizar el efecto útil de las directivas, cfr., la sentencia de 24 de octubre de 2024, *Zabitoñ*, C347/23, EU:C:2024:919, apartado 28 y jurisprudencia citada.

54. Con ocasión de la protección de datos personales y las obligaciones que los motores de búsqueda como *Google* deben cumplir, el TJUE se cuestionó hasta dónde llega el denominado “derecho al olvido” y si se deberían eliminar los enlaces que contengan información personal, cuando dicha información sea inadecuada, irrelevante o excesiva, a petición del afectado. En el asunto *Google v. España*⁹⁴, el TJUE estimó que no se podía aceptar que el tratamiento de datos personales llevado a cabo para el funcionamiento de un motor de búsqueda se sustraiga de las obligaciones y las garantías previstas por la Directiva 95/46, (entonces vigente), ya que menoscabaría su *efecto útil* y la protección eficaz y completa de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas que tiene por objeto garantizar⁹⁵. De hecho, la sentencia estableció un nivel alto de protección de datos personales en la era digital y sentó las bases para el actual Reglamento General de Protección de Datos (RGPD). Pero esta interpretación del efecto útil y expansivo de aquella directiva que conllevaba la extensión territorial del ámbito de aplicación derecho al olvido no se ha mantenido de manera uniforme en la jurisprudencia posterior. En el asunto C-507/17, el TJUE afirmó el alcance limitado de este derecho al olvido, según el art. 17 del actual RGPD, aunque dejaba una puerta abierta a una posible expansión mundial en circunstancia excepcionales⁹⁶. El Tribunal tuvo en consideración las Conclusiones del Abogado General, el Sr. Maciej Szpunar, quien sostenía que, en principio, el Derecho de la UE admite efectos extraterritoriales (por ejemplo, en derecho de la competencia y derecho de marca), pero ambos casos eran, a su juicio, situaciones extremas y excepcionales. Sin embargo, admitió que, en determinadas circunstancias, el interés de la Unión podría requerir una aplicación de las normas europeas más allá de su territorio⁹⁷, aunque en el asunto de autos no convergían tales circunstancias. De forma indirecta, el TJUE admitió también el argumento del efecto útil de las normas europeas para extender territorialmente el ámbito de aplicación de algunas normas a terceros. En el asunto C-336/10, constató que “en el contexto de la aplicación de la normativa de la Unión en materia medioambiental, ciertos factores que contribuyen a la contaminación del aire, del mar o del territorio terrestre de los Estados miembros tengan su origen en un hecho que se desarrolla en parte fuera de ese territorio que no puede oponerse (...) a la plena aplicabilidad del Derecho de la Unión en dicho territorio”⁹⁸.

V. La jurisprudencia del TJUE sobre la extensión territorial del Derecho de la Unión: criterios clave

55. Al amparo del art. 267 TFUE, el TJUE ha interpretado el alcance de la legislación europea para cubrir actividades que tienen lugar parcialmente en terceros países, como por ejemplo, en el caso *Zuchtvieh-Export*⁹⁹, la *Federación Europea para Ingredientes Cosméticos*¹⁰⁰, y *Google*¹⁰¹. En otras ocasiones ha validado la legalidad de legislación secundaria diseñada explícitamente con un amplio alcance territorial, como fue en el caso *ATAA*¹⁰². Pero según las circunstancias, el Tribunal ha llegado a combinar ambos enfoques, permitiendo el alcance extraterritorial del Derecho de la UE mediante la interpretación y el control de la legalidad del Reglamento (CE) n° 261/2004 sobre pasajeros aéreos, como fue

⁹⁴ Sentencia asunto C-131/12 13 de mayo de 2014, apartado 58.

⁹⁵ Véase, por analogía, la sentencia *L'Oréal y otros*, EU:C:2011:474, apartados 62 y 63, en particular, el respeto de su vida privada en lo que respecta al tratamiento de datos personales, al que esta Directiva concede una importancia especial, como confirman, concretamente, su artículo 1, apartado 1, y sus considerandos 2 y 10. Igualmente, las sentencias *Österreichischer Rundfunk y otros*, C465/00, C138/01 y C139/01, EU:C:2003:294, apartado 70; *Rijkeboer*, C553/07, EU:C:2009:293, apartado 47, e *IPI*, C473/12, EU:C:2013:715, apartado 28 y jurisprudencia allí citada.

⁹⁶ *Cfr.*, al respecto, E. TORRALBA, “Reflexiones sobre el alcance territorial del Derecho al olvido”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, octubre 2021, pp. 575-593.

⁹⁷ *Cfr.*, Conclusiones de Abogado General, el sr. Maciej Szpunar, presentada el 10 de enero de 2019, asunto C-507/17, apartado 62.

⁹⁸ Asunto C-366/10 *Air Transport Association of America (ATAA)*, de 21 de diciembre de 2011, apartado 129.

⁹⁹ Asunto C-424/13 *Zuchtvieh-Export*, de 23 de abril de 2015.

¹⁰⁰ Asunto C-592/14 *Federación Europea para Ingredientes Cosméticos*, de 21 de septiembre de 2016.

¹⁰¹ Asunto C-507/17 *Google contra CNIL*, de 24 de septiembre de 2019.

¹⁰² Asunto C-366/10 *Air Transport Association of America (ATAA)*, de 21 de diciembre de 2011.

el caso del asunto C-561/20¹⁰³. De esta jurisprudencia se pueden extraer los tres requisitos jurídicos esenciales que permiten la extensión territorial del ámbito de aplicación del Derecho de la UE, a saber: i) que haya una previsión prevista expresa en la norma; ii) que la extensión territorial responda a la salvaguarda de un interés general de la Unión; y iii) que exista conexión territorial con la UE (como desencadenante).

1. Previsión expresa en la norma

56. La extensión territorial del ámbito de aplicación de una norma europea requiere – según el TJUE – que exista una previsión expresa en la expresa en la norma. Así lo entendió el TJUE en el caso Asunto C-424/13, relativo al transporte de animales vivos, al recordar que en varias disposiciones del reglamento aplicable a aquel litigio sobre el transporte de animales vivos, imponían obligaciones no solo para el transporte de animales que transcurra exclusivamente en el territorio de la Unión, sino también a todo aquel que parta de ese territorio con destino a terceros países¹⁰⁴. No se limitó a una lectura aislada la primera parte del artículo 1, apartado 1, del Reglamento nº 1/2005, según la cual éste se aplica al transporte de animales dentro de la Unión, puesto que la segunda parte de esta disposición, relativa a los controles específicos de las partidas que entran en el territorio aduanero de la Unión o salen de éste, tiene en cuenta la dimensión externa a ese territorio que podía revestir tal transporte¹⁰⁵. Con ocasión del asunto C-366/10, sobre el transporte aéreo, el TJUE constató que las obligaciones de la Directiva 2003/87, aplicable a aquel litigio, se extendía a los operadores de aeronaves de terceros Estados, cuyos vuelos tenía por destino u origen un aeródromo situado en el territorio de un Estado miembro de la Unión. En consecuencia, no se podía excluir, en unas circunstancias como las de aquel litigio, que la Directiva en cuestión pudiese crear obligaciones para todos los demandantes en el litigio principal, incluidos, las partes no europeas¹⁰⁶.

57. A la luz de estas consideraciones, se puede afirmar que las principales normas europeas analizadas anteriormente, que afectan de forma considerable a terceros no europeos se ajustan al criterio del TJUE. Sus respectivas disposiciones contemplan expresamente la extensión territorial de su ámbito de aplicación “al responsable o encargado [del tratamiento de datos] no establecido en la Unión” (art. 3. 2 a), b) y c) del RGPD); a las “empresas no europeas (...) que haya generado un [determinado] volumen de negocios en la Unión” (el art. 2.2 de la Directiva 2024/1760); y a “los proveedores y responsables del despliegue de sistemas de IA que estén establecidos o ubicados en un tercer país” (art. 2.1c) del Reglamento IA).

2. Salvaguarda de un interés general de la Unión

58. El segundo requisito identificado por el TJUE para poder extender el ámbito de aplicación del Derecho europeo a terceros exige que la norma europea responda a la salvaguarda de un interés general de la Unión u objetivos globales del Derecho internacional vinculados necesariamente con los propósitos e intereses generales del Derecho de la UE. A lo largo de la jurisprudencia, el TJUE ha confirmado como intereses generales de la Unión – a los efectos de la expansión territorial – el bienestar animal, la protección de la salud humana, el derecho a la vida privada y la protección de datos o la protección de

¹⁰³ Asunto C-561/20, de 7 de abril de 2022, sobre la compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos.

¹⁰⁴ Asunto C-424/13 *Zuchtvieh-Export*, de 23 de abril de 2015, apartado 37, haciendo referencia a expresa al artículo 14 del Reglamento nº 1/2005, así como el artículo 1, apartado 1; el artículo 2, letra i); el artículo 5, apartado 4; el artículo 8, apartado 2; el artículo 15, apartado 2, y el artículo 21 de dicho Reglamento

¹⁰⁵ *Ibid.*, apartado 38, donde recuerda, además, que el Reglamento nº 1/2005 define, en el artículo 2, letra i), la expresión «punto de salida» como el lugar por el que los animales salen del territorio de la Unión.

¹⁰⁶ Asunto C-366/10 *Air Transport Association of America (ATAA)*, apartados 108 y 109

medioambiente en particular, la protección de la atmósfera y la lucha contra el cambio climático.

59. En el caso Asunto C-424/13, relativo al transporte de animales vivos, el Tribunal confirmó cómo el considerando 1 del Reglamento aplicable al caso – Reglamento nº 1/2005 – buscaba dar pleno efecto al Protocolo (nº 33) sobre la protección y el bienestar de los animales, anexo al Tratado CE y que en la actualidad corresponde al artículo 13 TFUE, donde se reconoce que la protección del bienestar de los animales constituye un objetivo legítimo de interés general de la Unión¹⁰⁷. En el asunto C-592/14, el Tribunal destacó la necesidad de la armonización de las normas del mercado interior aplicables a los productos cosméticos con el fin de garantizar un elevado nivel de protección de la salud humana¹⁰⁸. A su juicio, de la lectura conjunta de los considerandos 38 a 42, 45 y 50 del Reglamento nº 1223/2009 sobre productos cosméticos, la norma controvertida en aquel litigio, se deducía que el legislador de la Unión quiso tener en cuenta igualmente las exigencias de bienestar de los animales en dicho Reglamento, para garantizar la seguridad de los productos en el sector cosmético, producidos con ingredientes de origen animal¹⁰⁹. Desde la perspectiva de la seguridad y la salud, se justifica la prohibición de comercialización en el mercado europeo de productos cosméticos, cuyos ingredientes hubieran sido objeto de ensayos en animales fuera de la Unión, salvo que los datos resultantes de esos ensayos se utilizan para probar la seguridad de esos productos en el mercado de la Unión¹¹⁰. Es decir, la UE persigue un interés general, y no solo particular de la UE, al exigir un elevado nivel de protección de la salud humana para todo consumidor.

60. En relación con el derecho a la vida privada y protección de datos, es oportuno recordar el asunto C-507/17 *Google*, aunque el TJUE no admitió en aquella ocasión la extensión territorial del derecho de la Unión al mundo entero. Según el TJUE, “permitir a una autoridad de la Unión que ordene una retirada de enlaces a nivel mundial transmitiría un mensaje nefasto” y de permitirse dicha acción, “existiría un riesgo real de nivelar a la baja (la debida protección de la vida privada), en detrimento de la libertad de expresión, a escala europea y mundial”¹¹¹. Pero en ningún momento el Tribunal cuestionó el interés de la UE de garantizar la protección de los datos y el derecho a la vida privada, tal y como está consagrado en el artículo 11 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, lo que constituye un interés legítimo incuestionable¹¹², que siempre deberá tenerse en consideración para futuros instrumentos jurídicos UE en la materia.

61. La protección de la atmósfera y la lucha contra el cambio climático es un interés general y legítimo de la UE, aunque también un interés internacional global incuestionable en la jurisprudencia del TJUE. Este interés general de lucha contra el cambio climático, justificó en el asunto C-366/10, la aplicabilidad de la Directiva 2008/101 a los operadores de aeronaves matriculadas en un Estado miembro o en un tercer Estado, cuando dichas aeronaves realizan vuelos con origen o destino en aeródromos situados en el territorio de alguno de los Estados miembros¹¹³. Además, para el TJUE fue decisivo que no se vulnera el principio de territorialidad ni la soberanía de los terceros Estados, desde o hacia los cuales se efectúan dichos vuelos, sobre el espacio aéreo que se halla por encima de su territorio, pues dichas aeronaves se encuentran físicamente en el territorio de uno de los Estados miembros de la Unión y por ello están sometidas, en consecuencia, a la plena competencia de la Unión¹¹⁴. Por último, el Tribunal recuerda que, si bien el objetivo final del régimen de comercio de derechos de emisión es la protección del medio ambiente y la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, dicho régimen no re-

¹⁰⁷ Asunto C-424/13 *Zuchtvieh-Export*, de 23 de abril de 2015, apartado 35, donde trae a colación la jurisprudencia anterior sobre este interés general de la Unión. Cfr., las sentencias *Viamex Agrar Handel y ZVK*, C37/06 y C58/06, EU:C:2008:18, apartado 22, y *Nationale Raad van Dierenkwekers en Liefhebbers y Andibel*, C219/07, EU:C:2008:353, apartado 27.

¹⁰⁸ Asunto C-592/14 *Federación Europea para Ingredientes Cosméticos*, de 21 de septiembre de 2016, apartado 32.

¹⁰⁹ *Ibid.*, apartado 34.

¹¹⁰ *Ibid.*, apartado 45.

¹¹¹ Asunto C-507/17 *Google contra CNIL*, de 24 de septiembre de 2019, apartado 61.

¹¹² *Ibid.*, apartado 59.

¹¹³ Asunto C-366/10 *Air Transport Association of America (ATAA)*, apartado 125.

¹¹⁴ *Ibid.*, apartado 125 in fine.

duce por sí mismo tales emisiones, por lo que debe fomentar y favorecer nuevos mecanismos concretos al servicio del interés general de protección del medio ambiente¹¹⁵. En cambio, en el asunto C-561/20, sobre las compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, el Tribunal sostuvo que el interés general de proteger a los pasajeros se desprendía de los considerandos 1 y 4 del Reglamento n° 261/2004, el aplicable a aquel litigio¹¹⁶. Para el Tribunal resultó determinante que, para garantizar tal objetivo, el legislador de la Unión podía optar por autorizar el ejercicio en su territorio de una actividad comercial —en el aquel caso, el transporte aéreo— únicamente si los operadores (no-europeos), respetaban los criterios definidos por la Unión y orientados a dar cumplimiento a los objetivos que esta se ha fijado en materia de protección de los consumidores y de los pasajeros aéreos¹¹⁷.

62. Las principales normas europeas analizadas anteriormente, que afectan de forma considerable a terceros no europeos se ajustan a este criterio del TJUE. Tanto el RGPD, como la Directiva sobre la diligencia debida empresarial y Reglamento IA extienden territorial sus respectivos ámbitos de aplicación para salvaguardar un interés general de la Unión. En estos casos, tales intereses responden igualmente a intereses de la comunidad intencional en su conjunto. En particular, la sostenibilidad empresarial que exige la Unión para proteger su mercado interior, protege también al medio ambiente y las personas. Además, la Directiva 2024/1760 asume como propias obligaciones internacionales como es la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, y su correspondiente Acuerdo de París de 2015 y el Pacto de Glasgow para el Clima de 2021, (considerando 10 de Directiva). El interés internacional por la debida diligencia empresarial se recoge en diversos instrumentos internacionales, como por ejemplo, en los *Principios Rectores sobre las Empresas y los derechos humanos* de la ONU de 2011 (considerando 5 de la Directiva); la Agenda 2030 (2015) y sus 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (considerando 8 de Directiva); y en las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE, de 2023) (considerando 6).

63. El carácter social fundamental del RGPD persigue el interés general de la UE de protección a las personas, que constituye además un mandato del artículo 8. 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y del artículo 16.1 del TFUE. El objetivo de proteger a las personas y sus datos personales se refuerza en el considerando 4, que destaca cómo el Reglamento respeta todos los derechos fundamentales y observa las libertades y los principios reconocidos en la Carta conforme se consagran en los Tratados, en particular, el respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de las comunicaciones, la protección de los datos de carácter personal, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, la libertad de expresión y de información, la libertad de empresa, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio justo, y la diversidad cultural, religiosa y lingüística. Además, ofrece un nivel uniforme y elevado de protección de las personas físicas, debe ser equivalente en todos los Estados miembros y eliminar los obstáculos a la circulación de datos personales dentro de la Unión (considerando 10).

64. De la lectura conjunta de los considerandos 5, 6, 8, 9, 10 y 20 del RIA cabe destacar que sus contenidos concretos ayudan a proteger los derechos fundamentales, la salud y la seguridad, y facilitar el control democrático, la alfabetización en materia de IA. El legislador subraya que las “obligaciones impuestas a los distintos operadores que participan en la cadena de valor de la IA en virtud del presente Reglamento, deben aplicarse para alcanzar los objetivos legítimos de interés de protección del presente Reglamento (considerado 9). Por ello, para alcanzar el objetivo de garantizar la igualdad de condiciones y la protección efectiva de los derechos y libertades de las personas en toda la Unión deberán aplicarse las normas establecidas en este Reglamento a todos los proveedores de sistemas de IA sin discriminación, con independencia de si están establecidos en la Unión o en un tercer país, y a los responsables del

¹¹⁵ *Ibid.*, apartado 139.

¹¹⁶ Asunto C-561/20, de 7 de abril de 2022, sobre la compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, apartado 57.

¹¹⁷ *Ibid.*, apartado 58.

despliegue de sistemas de IA establecidos en la Unión (considerando 21).

3. Conexión territorial con la Unión

65. Como tercer y último requisito, el TJUE exige una conexión territorial del bien o conducta extranjera con la Unión. Solo así podrá aplicarse el Derecho de la UE, cuando la actividad empresarial de la parte no europea tenga una vinculación física o jurídica con el territorio de la UE, aunque dicha conexión no tiene que ser pariente ni estática¹¹⁸.

En el asunto C-366/10 *Air Transport Association of America*, el TJUE consideró que se establece una “estrecha conexión” con el territorio de la UE cuando la actividad concreta – en aquel caso la salida de pasajeros desde aeropuertos europeos – suponía su punto inicial determinante para la aplicación de la norma europea. Como constató el Tribunal, lo relevante de aquella Directiva es que solo regulaba los vuelos con destino u origen en un aeródromo situado en el territorio de un Estado miembro¹¹⁹; y por esa razón se aplica la norma “cuando un vuelo con origen en un aeródromo situado en el territorio de un tercer Estado, pero llegue a un aeródromo situado en el territorio de alguno de los Estados miembros de la Unión, o cuando un vuelo con origen en tal aeródromo se dirija a un aeródromo situado en un tercer Estado”¹²⁰. En consecuencia, dada la conexión territorial con la Unión, el legislador puede someter a autorizar el ejercicio en su territorio de una actividad comercial, (...) si se cumplen los objetivos que ésta se ha fijado en materia de protección del medio ambiente¹²¹.

66. También en el asunto C-561/20, sobre el transporte de pasajeros en vuelos con conexión directa, el TJUE estimó que el elemento clave para aplicabilidad del Reglamento nº 261/2004 era su “un estrecho vínculo de conexión con el territorio de la Unión”¹²² y que, por lo tanto, quedar sometidos a la competencia de la Unión en virtud de ese vínculo de conexión, incluso cuando parte del vuelo se realice fuera del espacio aéreo de la UE. En la medida en que un vuelo se realiza partiendo de un aeropuerto situado en el territorio de un Estado miembro, ese vuelo y sus pasajeros mantienen un estrecho vínculo con el territorio de la Unión, incluso para el tramo del vuelo realizado fuera de la Unión¹²³.

67. De forma indirecta, en el caso C-592/14, el Tribunal, consideró la conexión territorial a la luz de las consecuencias que se derivarían si, se permitiese la comercialización en la UE de un cosmético extranjero compuesto por algún ingrediente de origen animal sin el debido control. La consecuencia lógica sería que tal producto “podría circular posteriormente de un modo completamente libre en el mercado europeo y podría venderse para su inclusión en evaluaciones de seguridad e informes de seguridad sobre productos cosméticos”, en contravención de la legalidad, “lo que genera un riesgo significativo de elusión”.¹²⁴

68. De forma análoga, puede afirmarse que cuando el destinatario final de una actividad empresarial extranjera es el mercado interior europeo, eso supone una estrecha conexión con el territorio de la Unión, lo que constituye el suficiente vínculo para someter esa actividad a la competencia de la UE. Pero recuérdese, además, que la Directiva sobre la sostenibilidad empresarial europea condiciona la aplicación de sus normas a las empresas no europeas, cuando la conexión territorial con el mercado de la Unión sea sólido y concreto, es decir, cuando la empresa no europea “haya generado un volumen de negocios neto superior a 450.000.000 millones EUR en la Unión en el ejercicio financiero precedente al último ejercicio financiero” (art. 2.2.a) de la Directiva). No toda empresa extranjera con conexiones comerciales en el Unión queda obligada a aplicar los mecanismos de diligencia debida ambiental y social, previsto en la Directiva. Resulta razonable y no es discriminatorio que, en función del volumen de

¹¹⁸ A. C. GALLEGO HERNÁNDEZ, “La aplicación de la extensión territorial *op. cit.*, p. 306.

¹¹⁹ Asunto C-366/10, *op. cit.*, apartado 117.

¹²⁰ *Ibid.*, apartado 119.

¹²¹ *Ibid.*, apartado 128.

¹²² Asunto C-561/20, *op. cit.*, apartado 52.

¹²³ *Ibid.*, apartado 53.

¹²⁴ Asunto C-592/14, *op. cit.*, 2016, apartado 45.

negocio, se exijan las mismas condiciones de sostenibilidad a las empresas europeas y a las extranjeras.

VI. Tres reflexiones finales

69. Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, se pueden extraer las siguientes tres reflexiones finales. La primera – hecha desde la perspectiva jurídica – sugiere que el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial de la Unión cumple con las normas y principios del Derecho internacional, en concreto la doctrina de los efectos y el principio de protección. La expansión territorial del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión ya no es una tendencia en auge, como sostuvo el TJUE con ocasión de los asuntos C-366/10 *Air Transport Association of America (ATAA)*, y en el C-424/13 *Zuchtvieh-Export*. Esta nueva modalidad de jurisdicción extraterritorial – como propuso Scott – se ha consolidado en la Unión en los últimos años, con una regulación específica sobre productos y empresas extranjeras que se comercializan u operan en el mercado europeo, bajo condiciones, a las que, por razones de sostenibilidad social y ambiental, la Unión les exige los mismos estándares u obligaciones que a los europeos. Si bien es cierto, que el legislador europeo no contempla un único modelo para la afectación de sus normas a terceros, en la práctica se observan diversos niveles de afectación que difieren significativamente en el grado de obligaciones que se exigen al tercero.

70. La Unión ha interiorizado claramente que para garantizar el efecto útil de su Derecho y la coherencia de sus políticas es fundamental la extensión territorial del ámbito de aplicación de determinadas normas, cuando productos o empresas extranjeros intervienen su mercado interior. El funcionamiento del mercado europeo no permite un trato discriminatorio entre productos europeos y los de libre práctica, por lo que se deben exigir las mismas condiciones ambientales y sociales para la fabricación o reciclaje de los productos extranjeros, como, por ejemplo, las pilas o baterías, con independencia del país de origen, si se comercializan en la Unión y evitar la competencia desleal. *Mutatis mutandis*, si a las empresas europeas se les exige que actúen en materia de derechos humanos y medio ambiente, con la debida diligencia, basadas en el riesgo, para supervisar, prevenir o reparar los perjuicios que causen sus actividades económicas, se mermaría el efecto útil de la directiva y la capacidad de la UE de controlar y reducir los efectos adversos, ambientales o sociales, si no se aplican las mismas exigencias a las empresas no europeas, bajo determinadas condiciones, si operan en igualdad de condiciones en el mercado europeo.

71. La segunda reflexión – hecha desde la perspectiva de la sostenibilidad – permite apreciar la expansión territorial del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión como una técnica legislativa o herramienta interesante al servicio de la sostenibilidad, porque permite convertir en *hard law* aplicable más allá de la UE a los objetivos de desarrollo sostenible a los que aspira la comunidad internacional. Esta cuestión se había planteado en la doctrina como un futuro, pero se ha convertido ya en una realidad¹²⁵. Recuérdese que, hasta la fecha, no se ha conseguido formalizar un tratado internacional sobre empresa y derechos humanos, tal y como estaba propuesto por el Relator especial de la ONU, el sr. Ruggie¹²⁶ y por el Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta sobre las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales en material de Derechos Humanos¹²⁷. Ante las pocas perspectivas de futuro de que aquel posible tratado internacional llegase a ser norma vinculante, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos apeló a la Unión Europea a que aprobase cuanto antes la actual Directiva 2024/1760, sobre la debida diligencia empresarial¹²⁸, que extiende obligaciones euro-

¹²⁵ Cfr., en este sentido, O. MARTÍN-ORTEGA, “Human Rights Due Diligence for Corporations: From Voluntary Standards to Hard Law at Last?”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 32, 2014, pp. 44–74.

¹²⁶ A/HRC/RES/17/4, de 6 de julio de 2011, sobre los *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos*, presentados por el Relator especial John Ruggie.

¹²⁷ Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta sobre las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales en material de Derechos Humanos, de 16 de julio de 2019, *Proyecto revisado de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*. Extraído de https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf

¹²⁸ Comunidad de prensa de 13 de febrero de 2024, en <https://www.ohchr.org/es/press-releases/2024/02/un-human-rights-chief-urges-eu-leaders-approve-key-business-and-human-rights>

peas a terceros para identificar y solventar riesgos adversos para los derechos humanos, que coincide en esencia, según el Consejo Económico y Social de la UE,¹²⁹ con las aspiraciones de los *Principios rectores* de la ONU sobre empresas y derechos humanos.

72. No es desatinado afirmar que el efecto “expansivo” de estas normas europeas por razones de sostenibilidad son motivo de cooperación de *facto* y *de iure* de la Unión con terceros Estados y con el desarrollo del Derecho internacional. En el considerando 69 del Reglamento UE 2023/ 1115, sobre deforestación, se establece que, para controlar el riesgo que supone la introducción en el mercado europeo o la exportación de productos no conformes al Reglamento, que es variable dependiendo de la materia prima o el producto, así como de su país de origen y de su país de producción, “la Comisión debe cooperar con los países clasificados como de riesgo alto, así como con las partes interesadas pertinentes de dichos países, con el fin de trabajar para reducir el nivel de riesgo”. Esta reducción del nivel de riesgo de productos provenientes de la tala ilegal, repercute en beneficio de toda la comunidad internacional.

73. La tercera y última reflexión – hecha necesariamente desde la perspectiva geoeconómica – nos invita a aconsejar mesura y ponderación en la extensión territorial del ámbito de aplicación del Derecho de la UE. La Unión no se puede arriesgar a “matar su gallina de los huevos de oro”, ya que unos altos estándares de protección del medioambiente y de los derechos humanos exigibles a terceros pueden ser contraproducentes y provocar que el mercado interior pierda su atractivo. Esto podría conllevar – en contrapartida – a una situación desventajosa para los consumidores europeos por el encarecimiento de los productos o incluso, a un retorno al proteccionismo, donde se limitan las importaciones para proteger la industria local en lugar de fomentar un mercado más global y sostenible. No sería una decisión geoeconómica acertada en el actual contexto de revisionismo del orden internacional y de “guerra comercial” entre Estados Unidos, China y otras potencias emergentes. Desde esta perspectiva geoeconómica, se puede llegar a comprender mejor la propuesta del legislador europeo de simplificar las obligaciones sustantivas de la diligencia debida empresarial. En efecto, la propuesta legislativa de la Comisión – denominada Ómnibus I¹³⁰ – pretende simplificar y racionalizar el marco regulador con el fin de reducir la carga para las empresas que se deriva de la Directiva sobre información corporativa en materia de sostenibilidad y la Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, sin socavar los objetivos estratégicos de ninguno de los dos actos legislativos. En breve verá la luz tras su aprobación en Estrasburgo, en octubre de 2025. Los nuevos contenidos afectan, entre otras cuestiones, a la unificación de la cuantía mínima de volumen de negocio neto generado en la Unión por la empresa extranjera para quedar sometida al ámbito de aplicación de ambas directivas.

¹²⁹ Cfr., Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Tratado vinculante de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos» (Dictamen de iniciativa) (2020/C 97/02)

¹³⁰ COM (2025) 81 in fine, Bruselas 26.2. 2025.

The legal linguistic regime of cross-border service of documents in civil and commercial matters

Il regime linguistico delle notificazioni transnazionali nella materia civile e commerciale

SILVIA MARINO

Full Professor in EU Law

University of Insubria

Recibido: 19.12.2025 / Aceptado: 30.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2026.10279

Abstract: The present paper tackles the legal linguistic regime of service abroad according to the EU Regulations on the topic that succeeded over time, and the related case law. Far from being a purely technical procedural theme, it involves the rights of the parties to a fair trial. Therefore, the contribution addresses the issues of the object of the service and the language to be used; the ascertainment of the linguistic skills of the addressee; the identification of the interested parties in the service; the (un)lawfulness of the refusal. The last remarks cannot but be devoted to the digitalisation of the service, due to the recent entry into force of a new method of transmission, the electronic service.

Keywords: Cross-border service; Linguistic Regime; Translations; Right to Fair Trial; Appearance in Transnational Proceedings.

Riassunto: Il presente contributo affronta la questione del regime linguistico della notificazione o comunicazione all'estero secondo i Regolamenti dell'Unione europea succedutisi nel tempo e la relativa giurisprudenza della Corte di giustizia. Lungi dall'essere un tema puramente procedurale, esso coinvolge il diritto delle parti a un giusto processo. Pertanto, il contributo affronta le questioni dell'oggetto della notificazione o comunicazione e della lingua da utilizzare; dell'accertamento delle competenze linguistiche del destinatario; dell'identificazione degli interessati alla notificazione o comunicazione; della (il)liceità del rifiuto. Le considerazioni finali non possono che essere dedicate alla digitalizzazione della notificazione o comunicazione, dovuta alla recente entrata in vigore di una nuova modalità di trasmissione, la notificazione o comunicazione elettronica.

Parole chiave: notificazione o comunicazione all'estero; regime linguistico; traduzioni; diritto all'equo processo; costituzione in giudizio in un procedimento transfrontaliero.

Summary: I. The starting point: Regulation 1348/2000 and the judgment in *Leffler*. II. What to notify, and in which language? III. The right to information of the right to refusal. IV. Ascertaining the linguistic skills of the addressee. V. The consequences of the unlawful refusal to accept a document. VI. The parties interested in the cross-border service. VII. Some final remarks towards the future, including digitalisation.

I. The starting point: Regulation 1348/2000 and the judgment in *Leffler*

1. The legal linguistic regime of judicial documents to be served abroad is one the cores of the right to fair trial in transnational proceedings. Indeed, it involves not only the fundamental right of the defendant to understand the content of the documents served, but also the timings of the proceedings, and

of the deadlines to be assigned to the parties for every procedural act or action, when translation is needed. The Hague Conference of Private International Law achieved already in 1965 a simplification of the services procedures, establishing a main channel of transmission via designated national Central Authorities, as well as alternative channels of transmission. The Convention on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters points mainly to the expeditiousness of the transmission. Therefore, it establishes multilingual certificates, in the form of the models annexed to the Convention, that can be now filled electronically¹. Furthermore, according to Article 5, if the document is to be served by means of the Central Authority, it may require the document to be written in, or translated into, the official language or one of the official languages of the State addressed. The Convention does not establish any consequence of the omission of a translation. This does not even seem to be considered as an essential part of the service: indeed, the multilingual certificate for request for service abroad of judicial or extrajudicial documents, as updated and currently available in the HCCH website, does not mention the language of the document². These elements merely testify that the 1965 Service Convention aims at a strengthened cooperation among national authorities in order to notify, establishing duties to Contracting States, while procedural rights of the parties are (very reasonably) not at its core.

2. This approach, undisputable in the framework of the international cooperation, could not work well within the European Union (hereafter: EU), mainly due to two reasons. Firstly, according to Article 67 of the TFEU, the area of freedom, security and justice must develop in the frame of the respect of fundamental rights. Therefore, the focus is centered on the (substantive and procedural) rights of parties in transnational proceeding, where State's sovereignty bears lesser importance. Secondly, most of the EU measures in the field of the civil and judicial cooperation are regulations. Their direct applicability allows to formulate more precise rules, since no national transposition is needed, that can immediately regulate a specific legal situation. Consequently, it is possible to envisage even a legal linguistic regime of the service abroad, that the State must merely let apply. The legal position of the individual is highlighted, that can rely immediately on the regulations' content.

3. The consequences of this different approach is evident in the Regulation 1348/2000, the first EU enacted Regulation on cross-border service of documents³. Article 8 is devoted to the right to refuse to accept the document, focusing on the rights of the addressee to understand its content. Firstly and foremost, the recipient has a right to be informed of his/her right to refuse the service. Secondly, the refusal is legitimate if the document is not written or accompanied by a translation into a language which the addressee understands, provided that it is an official language of the State of transmission; or into the official language of the Member State addressed⁴.

4. The rationale of this rule was to avoid translations, when possible. In this perspective, it had to be welcome. However, it raised many concerns on the modalities of refusal and on its concrete consequences⁵. Not by chance, the first request for preliminary ruling for the interpretation of Regulation

¹ Funded by the European Union. Views and opinions expressed are however those of the author only and do not necessarily reflect those of the European Union or the European Education and Culture Executive Agency (EACEA). Neither the European Union nor EACEA can be held responsible for them.

Not surprisingly, this is the most common case nowadays: Conclusions & Recommendations (C&R) of the Special Commission (SC) on the practical operation of the Convention, July 2024, p. 4.

² Available at: <https://assets.hcch.net/docs/a3f54658-81a5-4b2e-894b-b58af54c567d.pdf>.

³ Council Regulation (EC) No 1348/2000 of 29 May 2000 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters, *OJ L* 160, 30 June 2000, p. 37.

⁴ If there are several official languages in that Member State, the document shall be written or translated into "the official language or one of the official languages of the place where service is to be effected".

⁵ A. PANZAROLA, "La notificazione degli atti giudiziari ed extragiudiziari negli Stati membri dell'Unione Europea", *Nuove leggi civili commentate*, vol. 23, 2000, p. 1161; G. DE CRISTOFARO, "La nuova disciplina delle notificazioni infracomunitarie in materia civile", *Studium iuris*, vol. 7, 2001, p. 517; M. FRIGO, "Il regolamento comunitario sulle notificazioni in materia civile o commerciale", *Rivista di diritto processuale*, vol. 56, 2002, p. 102; W. LINDACHER, "Europaisches Zustellungsrecht", *Zeitschrift für Zivilprozess*, vol. 114, 2001, p. 179 ss.; N. ESCALONA MARCHAL, *El nuevo regimen de la notificacion en el espacio judicial europeo*, Granada, Marcial Pons, 2002; B. HEIDERHOFF, "Verordnung (EG) Nr 1348/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über

1348/2000 had as specific object Article 8. In the *Leffler* case⁶, the Dutch Supreme Court asked firstly whether it was possible to rectify the failure of service due to linguistic reasons. If the answer was in the negative, which was the effect of the exercise of the right to refusal; if affirmative, how must the translation of the document be made available to the addressee and to what extent national procedural law was applicable. As known, the CJEU confirmed the possible rectification, by serving the translation through the means established by the Regulation as soon as possible. National law played a residual role, for all the problems not resolved by the Regulation itself⁷.

5. The CJEU reasoned here also on the timing of the service. It deemed Article 9(2) applicable, so that, if proceedings are pending in the Member State of origin, the date of the service of the document in respect to the applicant shall be determined by the law of this Member State. The rule allows the identification of two different dates of service, one in favour of the applicant, to be established according to the law of the State of origin where proceedings are pending; one in respect of the defendant, according to the law of the Member State addressed.

6. However, further practical difficulties remained in interpreting the Regulation and the ruling, such as the management of continuous service over time, from the first transmission of the documents in a language which has not been accepted to the final service of the documents in one of the languages listed in Article 8, which risks creating a time lag in the completion of service within a trial; the responsibility for translation; the verification of linguistic knowledge; and the consequences of an unlawful refusal⁸. The judgment was released while negotiations on a new service Regulation were in progress and where these issues were also discussed. The subsequent Regulation, 1393/2007⁹, considered the recent CJEU's judgment, partially innovating Article 8. Since then, further case law aimed to clarify the impact of the linguistic regime and the mutual obligations of the parties, and one more new Regulation, 2020/1784¹⁰, on transnational service have followed. This quick development is striking, because the discipline has been modernised twice in 20 years, with an uncommon alacrity in civil and commercial matters¹¹. These developments have progressively refined the rules governing language regimes and the completion of the service procedure. The present contribution follows these changes through the analy-

die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen in den Mitgliedstaaten", in T. RAUSCHER (Hrsg.), *Europäisches Zivilprozessrecht: Kommentar*, München, Beck, 2004, p. 779.

⁶ CJEU 8 November 2005 *Leffler*, C-443/03.

⁷ In general, Italian case law is consistent with this principle: Court of First Instance of Rovereto 18 June 2008, *Rivista italiana di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 44, 2008, p. 1103; Supreme Court (Corte di Cassazione) 16 July 2014, n. 16272, *Rivista italiana di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 51, 2015, p. 629. Therefore, the rectified service is prompt: Supreme Court (Corte di Cassazione) 18 novembre 2018, n. 28509, *Rivista italiana di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 56, 2020, p. 632), with some misunderstanding: Court of First Instance of Viterbo 24 March 2025, *Banca del merito online*.

⁸ L. DANIELE/S. MARINO, "Momento perfezionativo e regime linguistico delle notificazioni intracomunitarie: dalla sentenza *Leffler* alla proposta modificata di regolamento n. 1348/2000", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 43, 2007, p. 969.

⁹ Regulation (EC) No 1393/2007 of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters (service of documents), and repealing Council Regulation (EC) No 1348/2000, *OJ L* 324, 10 December 2007, p. 79.

¹⁰ Regulation (EU) 2020/1784 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2020 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters (service of documents), *OJ L* 405, 2 December 2020, p. 40.

¹¹ Such readiness can be found in the Regulations of family matters and parental responsibility. As known, in this subject matter, the EU adopted a first Regulation in 2001, followed by an immediate innovation in 2003 and a recast in 2019 (Council Regulation (EC) No 1347/2000 of 29 May 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and in matters of parental responsibility for children of both spouses, *OJ L* 160, 30 June 2000, p. 19; Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000, *OJ L* 338, 23 December 2003, p. 1; Council Regulation (EU) 2019/1111 of 25 June 2019 on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction, *OJ L* 178, 2 July 2019, p. 1). Even if the EU Regulations in civil and commercial matters are generally subject to innovations and recasts, and they normally contain a revision clause, in other cases these changes are not that frequent and briskly.

sis of both the case law and the pieces of legislation, focusing on the right of the parties to a fair trial, when judicial documents are to be served.

II. What to notify, and in which language?

7. The three Regulations on cross-border service do not impose the sender a duty to translate the documents. The approach is quite pragmatical. He/she has a right to be informed that the addressee can refuse the service, if the documents are not drafted nor translated in the languages listed in Article 8 (in this sense, already Article 5(1) of the Regulation 1348/2000). Therefore, the translation is not an essential part of the process of service, neither a necessary tool for granting the effective right to defence¹². The choice is even more practical with Article 8 of the Regulation 1393/2007: indeed, since then, any language understood by the addressee can be used, even if it is not an official language of the EU, nor of any Member State. This rule centres the service on the person, that must understand the document, regardless (of the officiality) of the language used.

8. The definition of “document” to be served becomes crucial, since only the “document” must meet linguistic requirements. The main difficulty depends on the fact that judicial acts introducing proceedings bear different forms and contents in the Member States, and are sometimes different even within the very same Member State that provides for different instituting acts. In some cases, the judicial acts must be accompanied by a high number of other documents, as, for example, those serving as (initial) evidence. The need to grant the full understanding for the addressee risks imposing a heavy burden of translation of all the acts and the documents, that may discourage him/her to file the claim. On the other side, the absence of any translation risks making it impossible to the addressee/defendant to understand what he/she is receiving.

9. In the *Weiss* judgment¹³, on the interpretation of Article 8 of the Regulation 1348/2000, the CJEU made it clear that in the service of an act instituting proceedings, the addressee must understand not only the cause of action and the judicial petition, but also all annexes that form integral part of the summon. These are those documents that allow the defendant to understand the object and the allegations of the claim and the existence of pending proceedings where the defendant can exercise his/her right to defence. Documents that serve as evidence do not fulfil this requirement¹⁴: the possibility to refuse the service is not granted, if only the pieces of evidence are written in a different language than those listed in Article 8. Therefore, the addressee might still need the translation of a very important part of the parcel received and necessarily accepted.

10. This need of understanding the essential parts of the documentation is confirmed in the *Catlin* case¹⁵, on the service of a European order for payment. According to the Regulation 1896/2006¹⁶, the application for a European order for payment constitutes the formal act instituting the special proceedings. The order of payment must be served together with the standard form for application, following the linguistic regime established by Article 8(1) of the Regulation 1393/2007. The need to grant the correct understanding of both documents, the order and the form, in favour of the defendant is extre-

¹² T. RAUSCHER, *Art. 8 EG-ZustellVO*, in W. KRÜGER/T. RAUSCHER (Hrgs.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, München, Beck, 2022, p. 1083.

¹³ CJEU 8 May 2008, *Weiss*, C-14/07.

¹⁴ This formulation is also challenging. In case of litigation, the seised judge must decide if a document annexed to the act initiating the proceedings is integral part thereof, or a piece of evidence: M. AGUILERA MORALES/I. CUBILLO LOPEZ, *Transmisión de documentos judiciales y extrajudiciales a efectos de notificación y traslado*, in A. DE LA OLIVA SANTOS (coord.), *Derecho Procesal Civil Europeo*, vol. II, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2011, p. 211; M.A. CEBRIÁN SALVAT, *La notificación internacional en materia civil y mercantil en la Unión Europea*, Granada, Editorial Comares, 2018, p. 139.

¹⁵ CJEU 6 September 2018, *Catlin*, C-21/17.

¹⁶ Regulation (EC) No 1896/2006 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 creating a European order for payment procedure, *OJ L* 399, 30 December 2006, p. 1.

mely important in this hypothesis, because the procedure is initially unilateral, without the appearance of the defendant. The first opportunity to become aware of the procedure is that of the service of the payment order. The fact that the standard form for the application is a multilingual model, partly to be filled through codes or multiple choices, does not exempt the applicant from the transmission in one of the languages of Article 8. Indeed, this module contains also free spaces for further clarifications on the facts of the case and on evidence, that the defendant must properly understand¹⁷.

11. Furthermore, the addressee cannot require the translation of documents he/she had already knowledge, such as, for example, documents exchanged during precontractual negotiations, or contracts duly signed. This is again a very pragmatical solution, that avoids useless translations for those documents, whose content is already known.

12. The linguistic regime does not refer to the admissibility of summaries. From a substantive perspective, a summary of high legal and linguistic quality could be considered sufficient¹⁸, provided that it enables a correct understanding of all fundamental elements of the pending proceedings. Nevertheless, the use of abstracts is risky: its quality can be challenged, with potential litigation on this point only.

III. The right to information of the right to refusal

13. Article 8 of the Regulation 1348/2000 simply required that the receiving authority informed the recipient of the right to refuse, without specifying the procedural methods, nor the timing. Only by Regulation 1393/2007 the use of a standard multilingual form, annexed to the Regulation itself, was provided for. In the last Regulation on cross-border service, 2020/1784, this is the form L as per Annex I. This module must be delivered together with the documents to be served. This immediacy is not always easy: in some transmission methods¹⁹, as for example the postal service, the parcel might be delivered to a person who is different from the formal addressee, who risks therefore delaying his/her awareness of the right of refusal, even if the notification has been formally completed²⁰.

14. Article 12(2) of the Regulation 2020/1784 faces a further issue on the awareness of the right to refusal, establishing for the first time a linguistic regime of the form L. This can be transmitted in up to three linguistic versions, which are the official language of the Member State of origin, or of the Member State addressed, and, if there is an indication that the addressee understands an official language-

¹⁷ Some EU Regulations in civil and commercial matters establish a special linguistic regime for specific acts during the enforcement of foreign judgments (art. 43(2) of the Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, *OJ L* 351, 20 December 2012, p. 1; art. 55(3) of the Council Regulation (EU) 2019/1111 of 25 June 2019 on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction, *OJ L* 178, 2 July 2019, p. 1; art. 49 of the Regulation (EU) No 655/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 establishing a European Account Preservation Order procedure to facilitate cross-border debt recovery in civil and commercial matters, *OJ L* 189, 27 June 2014, p. 59). However, these provisions do not affect the right of refusal provided for by the Regulations on transnational service.

¹⁸ G. CUNIBERTI, *Article 12. Refusal to accept a document*, in A. ANTHIMOS/M. REQUEJO ISIDRO (eds.), *The European Service Regulation. A Commentary*, Cheltenham, Edward Elgar, 2023, p. 119.

¹⁹ Since Regulation 1393/2007 the linguistic regime is extended to all service means. This extension is to be welcome, because it makes perfectly clear the perfect alternativity of the service and the transmission tools, as already stated by the CJEU 9 February 2006, *Plumex*, C-472/04 (J.J. FORNER I DELAYGUA, "La cooperación en materia de notificación y de obtención de pruebas cooperación internacional de autoridades: problemas generales de cooperación", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, vol. 8, 2008, p. 167). Before this express extension, the Audiencia Provincial de Las Palmas, 30 March 2009 stated that the service by post is completed under Article 14, despite the lack of translations and not granting the addressee the right to information of the right to refusal. More recently, the Court of Appeal of Torino 23 July 2024, *Banca del merito online* had to admit that it is almost impossible to ascertain if the form was included in the documentation in the service by post.

²⁰ M. FRIGO, *op. cit.*, p. 115; P. FRANZINA, *La notificazione degli atti giudiziari e stragiudiziali in ambito comunitario*, in A. BONOMI (a cura di), *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 245.

ge of another Member State, the form in that language is also released. The cumulation shall grant the addressee the understanding of the form²¹.

15. In the realm of the Regulation 1393/2007, the CJEU clarified the mandatory nature of the standard form in any case²². Its omission risks undermining the exercise of the right to refuse and consequently the right to defence and to a fair trial. The receiving authority is not granted with any margin of appreciation²³, and cannot conduct any preventive evaluation on the knowledge of the used language. This ascertainment would complicate or slow down the whole service, without any responsibility for the delays to be charged to the sender or to the addressee. The objectives of expeditiousness and efficacy of the transmission, typical in the Service Regulations, would be jeopardised²⁴. The decision on the acceptance or the refusal of the documents lies exclusively with the addressee²⁵.

16. The violation of the duty to inform does not result in the nullity of the service. This solution would again run counter the expeditiousness of the service²⁶. A national provision establishing the nullity is incompatible with the Regulation and shall be set aside²⁷. Furthermore, the lack of information of the right to refusal does not produce any legal consequence. Indeed, the omission produces the same prejudices of the transmission of the document in a language not listed in Article 8, and the lack can be filled by the receiving authority by the delivery of the form²⁸.

17. This approach has direct consequences on the functioning of other EU Regulations, establishing special proceedings in cross-border cases. Since the violation of the duty to inform is a procedural irregularity, the European order for payment is not enforceable and the deadline given to the defendant to file an objection cannot begin to run, as long as the service is not completed with the transmission of the translation²⁹. However, the suspension of the effects of the service does not prevent the full applicability of Articles 13 and 15 of the Regulation 1896/2006, that establish minimum requirements of the service of the European order: indeed, if these requirements are not met, the national court seised with an opposition to the order can annul it³⁰.

18. The same logic applies to the service of a European enforcement order for uncontested claims pursuant to the Regulation 805/2004³¹. If the information on the right to refusal has not been correctly conveyed, nor rectified, the addressee has a right to judicially protect his/her right to information. In the case of the European order, this entails that the judgment handed down in those proceedings cannot meet the requirements of the minimum standards set out in Chapter III of the Regulation 805/2004 and cannot be certified. A certificate issued in such circumstances will therefore be wrongly granted within the meaning of Article 10(1)(b) of the Regulation 805/2004 so that it must be withdrawn by the court of origin, if so requested. On the other side, the court requested for the enforcement can limit or stay proceedings only according to Articles 21 and 23 of the same Regulation. The default of appearance

²¹ The provision furthermore provides for the transmission to the Commission of form L, if translated into an official language of a third country by a Member State. The same provision would have been even more useful with regard to the official languages of Member States that are non-official of the Union, since, by express provision of the Regulations, the official language of the Member State used at the place of notification is also relevant.

²² CJEU *Catlin*, cit.; CJEU 5 May 2022, *ING*, C-346/21; CJEU 7 July 2022, *LKW*, C-7/21.

²³ CJEU 16 September 2015, *Alpha Bank*, C-519/13.

²⁴ CJEU *Weiss*, cit.

²⁵ CJEU 28 April 2016, *Alta Realitat*, C-384/14.

²⁶ CJEU 2 March 2017, *Henderson*, C-354/15.

²⁷ CJEU *LKW*, cit.; consistent: Anotato Dikastirio Kyprou (Cyprus Supreme Court) 16 April 2016, ECLI:CY:AD:2016:A194.

²⁸ CJEU *Alta Realitat*, cit.

²⁹ CJEU *Catlin*, cit.; consistent: Luxembourg Court of Appel 11 July 2019, CAL-2019-00047.

³⁰ In this hypothesis, indeed the recipient "is not properly informed of the existence or basis of the European order for payment issued against him or her" (CJEU 5 December 2024, *Bulgarfrukt – Fruchthandels GmbH*, C-389/23, para. 54), so that the annulment of the order would be consistent with the objectives of the Regulation.

³¹ Regulation (EC) No 805/2004 of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 creating a European Enforcement Order for uncontested claims, *OJ L* 143, 30 April 2004, p. 15.

in the proceedings on the merits, due to the omission of the information on the right to refusal of the service is not contemplated therein. The procedural mistake occurred during the proceedings on the merit, and can be challenged in the State of origin³².

19. These important guarantees on the awareness of the existence of the right have been surprisingly limited the field of the Regulation 2020/1784³³. Indeed, form L must be delivered only if the document to be served is not written nor translated into the official language of the Member State addressed³⁴. This provision grants the receiving authority with a margin of appreciation³⁵, since it must ascertain the language used in the document and in the attachments, as integral part of the document, or in the translation thereof. This assessment is far from immediate and may be complex, because the receiving authority must decide if each attachment, clearly not written on the official language of the Member State addressed, is integral part of the judicial document. Only if the answer is in the negative, then it may be exempted from submitting the form L. A cautious approach suggests submitting form L if the documentation to be notified is multilingual.

20. The new provision reduces the concrete possibility to exercise the right to refusal, when the judicial document is written or translated in one of the above-mentioned official languages. Indeed, the use of the official language of the Member State addressed is not a presumption of knowledge with respect to the addressee³⁶: the right to refusal is maintained in this case. The recipient takes therefore a risk, in accepting the transmission, when the documents are written in the official language of the Member State addressed, even if he/she does not know the language, but supposes that he/she must accept it, not being aware of the right to refusal in lack of service of form L. New litigation may arise, probably against the receiving authority or the Member State addressed³⁷, where the recipient claims he/she has been prevented from exercising fully the right to refuse. This claim does not jeopardise the legal position of the sender, who does not play any role in the transmission of the information to the addressee; however, the completion of the service – that has been initially accepted - risks being postponed, to the detriment of the interest of the sender/applicant.

IV. Ascertaining the linguistic skills of the addressee

21. The assessment of the linguistic knowledge of the addressee is clearly a fundamental and extremely sensitive issue. Since the Regulation 1393/2007 the standard forms introduce the possibility for the recipient to indicate the languages he/she knows. However, this statement is useful only at the stage of rectification of a service that has been refused. For the first tentative transmission, Recital 26 of the Regulation 2020/1784 essentially codifies the previous CJEU's case law.

22. The court of the Member State of origin shall ascertain the linguistic competences of the addressee, in order to decide on the lawfulness of the refusal. A previous assessment, even if requested

³² CJEU 27 November 2025, *Manuel Costa Filhos Lda.*, C-643/24.

³³ V. RICHARD, "La refonte du règlement sur la notification des actes judiciaires et extrajudiciaires", *Revue critique de droit international privé*, vol. 110, 2021, p. 357.

³⁴ The main purpose of the limitation is to avoid or at least to reduce delays or abuses (N. MARCHAL ESCALONA, "La notificación electrónica en el Espacio Judicial Europeo. Retos y problemas", *Cuadernos de derecho transnacional*, 2023, vol. 15, no 2, p. 757).

³⁵ G. CUNIBERTI, *op. cit.*, p. 108.

³⁶ *Contra*: N. MARCHAL ESCALONA, *op. cit.*, p. 757, because preserving the right to refusal in contradictory.

³⁷ The Luxembourg Court of Appeal, *cit.* excludes it, but the Metz Court of Appeal 17 September 2024, 12/02269 does not derive from the lack of information legal consequences, because no losses were to be identified in the case at stake. This clarification does not seem to exclude a possible non-contractual liability. Further: G. DE LEVAL/M. LEBOS, "Signifier en Europe sur la base du règlement 1348/2000: bilan après un an e demi d'application", in P. MARCHAL (dir.), *Imperat lex: liber amicorum Pierre Marchal*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 261; P. FRANZINA, *op. cit.*, p. 245.

by the national law of the court seised, before the start of the notification procedure, does not impact on the right to refusal³⁸: only after the refusal, the court can decide on its validity³⁹.

23. There are no legal presumptions on the linguistic knowledge. Therefore in *Weiss* the CJEU clarified that the previous signature of a contractual clause that points to the use of the German language in the future commercial relationships between the parties, is only a clue of the linguistic knowledge. It must be supported with other elements, such as the language used in the correspondence with public authorities, the existence of choice of court clauses in favour of German courts and the choice of the German law as applicable to the commercial relationship between the parties. In the case *Alta Realitat*, the CJEU further made it clear that the court must consider all the relevant elements in order to assess the linguistic competences of the addressee, as so to balance the conflicting rights of the parties. In the case at stake, hints pointing to the knowledge of the English language – in which the writ of summons was written – were the use of this language in the challenged contract and in documents drafted and signed by the recipient; the fact that the addressee indicated it as known in his CV published online and that in some videos for sale he expressed himself in this language. Recital 26 recalls some of these elements⁴⁰ and adds the citizenship of the natural person⁴¹.

24. For the purposes of the correct understanding, a good quality translation shall be offered (Recital 25 of the Regulation 2020/1784)⁴². Its certification or asseveration can be useful⁴³, in order to grant the quality of the translated text⁴⁴ and its consistency with the original text. Finally, it would avoid further delays of the whole transmission procedure due to scarce linguistic quality of texts that are in any case written in a language which is known by the recipient⁴⁵.

25. The use of English, as *lingua franca* in international commerce, for the service of documents is discussed⁴⁶. German case law has inferred a presumption of knowledge, if the parties had previous written contacts in English. The intervention of third parties in the understanding of this communication, as for example, translators, is not relevant. Indeed, the interested parties implicitly accepted the use of the language. However, this case law does not distinguish between the understanding of basic text or of complex legal issues⁴⁷, as appropriate. Greek case law follows a different approach⁴⁸. In the opinion

³⁸ CJEU *Alta Realitat*, cit.

³⁹ According to Oberlandesgericht Frankfurt 1 July 2014, 6 U 104/14, the fact that the sender/future applicant sent messages to the addressee/future defendant before the start of the service procedure, foreboding a legal claim, using the same language as that used in the documents to be served, does not undermine the operability of Article 8.

⁴⁰ In these cases, the addressee shall give evidence of the lack of the linguistic knowledge, reversing the burden of the proof (N. MARCHAL ESCALONA, *op. cit.*, p. 758).

⁴¹ However, a long-term habitual residence seems more meaningful (N. MARCHAL ESCALONA, *op. cit.*, p. 758). The citizenship has been taken into account by Court of first instance of Milan, 29 January 2018, *Banca del merito online*, together with other elements; in the case at stake, the proxy of the defendant was written in Italian.

⁴² England and Wales High Court (Chancery Division) 23 October 2015, *Bank St Petersburg*, [2015] EWHC 2997 (Ch).

⁴³ The dual-date system for the completion of the service allows the sender to avoid the expiration of deadlines or procedural limitations: indeed, a proper translation requires time. This fact cannot go against the interest of the sender and jeopardise his/her rights. Therefore, a first transmission would protect him/her from deadlines, and a second service meeting linguistic requirements allows the recipient to accurately understand the documentation. According to the Court of first instance of Alessandria 23 January 2023, *Banca del merito online*, the sole document with legal value for the recipient/defendant is the translation, if the original document is missing, also for the exercise of the right to defence in the proceedings.

⁴⁴ B. BAREL, “Le notificazioni nello spazio giuridico europeo dopo il Regolamento (UE) 2020/1784”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 58, 2022, p. 549. On the duty of accuracy in the translation: J.-P. RELMY, “Règlement (CE) n. 1393/2007 du 13 novembre 2007 relatif à la signification et à la notification dans les États membres”, in L. CADIET/E. JEULAND/S. AMRANI-MEKKI (dirs.), *Droit processuel civil de l’Union européenne*, Paris, Lexis Nexis, 2011, p. 226.

⁴⁵ A translation mistake that does not undermine the correct understanding of the text, does not compromise the translation itself and does not legitimise a right to refusal: Court of First Instance of Torino 13 April 2018, no 1733, *Ca. Au.*, https://www.ilcaso.it/sentenze/processo_civile/19740.

⁴⁶ S.A. VILLATA, “Il Regolamento C.E. n. 1393/2007 sulle notificazioni di atti giudiziari nell’ambito degli Stati membri”, *Rivista di diritto processuale*, vol. 63, 2009, p. 157.

⁴⁷ Landgericht Bonn 30 November 2010, 10 O 502/09, *IPRax*, vol. 33, 2013, p. 80.

⁴⁸ On which, further: A. ANTHIMOS, *Can Service in English be Refused in Litigation Between Businesses Engaged in*

of the present author, the correct application of the CJEU's case law does not allow to infer any legal presumption of the knowledge of English only because the addressee is active in the international commerce, as such. This can be only one of the elements to be considered, and must be supported by other clues, as the existence of previous communication in English.

26. A related difficulty is the assessment of the linguistic knowledge of a legal person. This ability is indeed connatural to natural persons; however, the reference to any natural persons that work for the legal person, even more specifically in the department that is charged with the challenged issue or with the litigation⁴⁹, seems casual and unstable in time⁵⁰. The linguistic competence shall be somehow attributed to the legal persons as such, even if fictitiously, giving relevance to any objective element and behaviour of the legal person on the market and directly with the sender. Once more, previous correspondence or contracts, former commercial relations, the working language inside the legal person⁵¹, or the website can amount to important clues to assess the linguistic knowledge.

27. The consequent challenge is the level of linguistic knowledge required. In the *Weiss* case the CJEU stated that the useful skills to exchange a correspondence, also having a commercial nature, are not the same as those needed to exercise the right to defence before a court. Therefore, the judge must ascertain that the addressee can understand the documents in a proper way, in order to be able to stand before the court. The difference in the understanding is unobjectionable. However, this reasoning proves too much, because it presupposes that the addressee perfectly understands the legal document and the attachments, so that he/she can promptly exercise the right to defence. Such a deep knowledge of a language is rather impossible to assess, because the judicial document probably contains legal terms, references to pieces of legislation and case law, legal reasonings. For example, if the addressee is a weak contractual party, which benefits in EU Law from a presumption of scarce legal understanding and from a protection in EU private international law, it is impossible to conclude that he/she has the necessary linguistic skills to understand the served document, even when it is written in his/her native language⁵².

28. Rather, the level of the linguistic skills must be pondered with the object that must be understood⁵³: not necessarily the addressee must be able to understand literally everything. Indeed, he/she does not need to exercise the right to defence immediately and personally before a court sitting in another Member State, but only to decide if he/she needs to avail him/herself of a legal expert. Only at that point, if needed, documents and attachments will be properly translated.

29. For these reasons, the extension of the period within which the right of refusal can be exercised to 14 days, established by Regulation 2020/1784, appears excessive. Indeed, the assessment of the complete impossibility to understand the kind of documents received in their fundamental parts requires a much shorter time. Even if the documentation has been materially transmitted to another person, who is not the addressee, a period of 7 days, as granted by the Regulation 1393/2007, appears proper. It is important to stress that this period (7 or 14 days) is safeguarded in its entirety: in the *LKW* case, the CJEU made it clear that any procedural deadlines start to run not from the date of notification, but from the expiry of the deadline for exercising the right of refusal. The addressee does not incur in any limitation or shortening of procedural deadlines in the national proceedings, if he/she takes advantage of the whole time granted to him/her in order to decide about the refusal. In the 14 day-period, on the opposite, the addres-

International Trade?, <https://capil.org/2024/09/18/can-service-in-english-be-refused-in-litigation-between-businesses-engaged-in-international-trade/>.

⁴⁹ Oberlandesgericht Frankfurt 1 July 2024, cit.

⁵⁰ B. SUJECKI, "Das Annahmeverweigerungsrecht im Europäischen Zustellungsrecht", *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, vol. 18, 2007, p. 365; T. RAUSCHER, *op. cit.*, p. 1087; G. CUNIBERTI, *op. cit.*, p. 113.

⁵¹ T. RAUSCHER, *op. cit.*, p. 1084.

⁵² If the recipient is a consumer, special hints for the ascertainment of the linguistic skills shall be used (B. SUJECKI, *op. cit.*, p. 382).

⁵³ V. *supra*, para. II.

see could already obtain a first translation of the documents (in case, even with digital instruments), and abusively exercise the right to refusal not because of legitimate linguistic reasons, but as a delaying tactic to the detriment of the sender, in favour of the addressee. If it is true that the former is informed about the consequences of not translating the documents, according to Article 9(1) of the Regulation 2020/1784, so that the language used is a conscious choice⁵⁴, at the same time the sender might also be exercising a right, that to judicial protection, that must not be undermined by purely delaying tactics of the addressee.

V. The consequences of the unlawful refusal to accept a document

30. Against the right to refuse to accept the service, the sender must not suffer the negative consequences of an illegitimate or abusive refusal⁵⁵, if the linguistic skills are assessed⁵⁶. In the case *Alta Realitat* the CJEU has stated that the seised court can apply its national law in order to determine the consequences of an unlawful refusal, always granting compliance with EU law. In particular, the principles of equality and effectivity must be respected. The correct service of a writ of summon or of any judicial act instituting proceedings is integral part of the right fair trial. It produces effects on the correct appearance, on the start of the judicial proceedings (Article 22 of the Regulation 2020/1784), and on the future cross-border recognition and enforcement of the judgments (as envisaged, for example, in Article 45(1)(b) of the Regulation 1215/2012). The assessment of the linguistic skills of the addressee may lead to the full completion and efficacy of the service, even if a subsequent transmission of a translation is missing, as if the service was not refused⁵⁷. Consequently, deadlines and statutes of limitations run, and the proceedings are correctly introduced.

VI. The parties interested in the cross-border service

31. In the *SR*⁵⁸ judgment the CJEU clarified who are the parties involved in the service, when the court seised on the merits had ordered the translation of the writ of subpoenas to appear as witness, for those domiciled in another Member State. The CJEU stressed that in the general system of the Regulation, the term *applicant* identifies the party who is interested in the service and cannot refer to the seised court. If it were to be considered an interested party, its impartial role would be undermined.

32. Further doubts arose in the identification of the addressee. The premise is that the exclusiveness of the service methods established by the Regulation set aside national rules that allow the transmission through other means. Therefore, the representatives of addressees appearing before the court seised in the Member State of origin, solely for the purpose of contesting the lawfulness of the procedure, cannot be considered the addressee⁵⁹, even if the national procedural law allows for this method of service.

⁵⁴ The receiving authority cannot require the transmitting authority to translate the document (Audiencia Provincial Barcelona, 21 November 2019, ECLI: ES: APB: 2019: 9450A).

⁵⁵ In case of a service of an act instituting proceedings, the claimant shall object the abusive nature of the refusal immediately, in the subsequently first judicial defence after the refusal, in order to proceed in default of the defendant, or, if the refusal proves legitimate, not to lose the possibility of rectification of the service (B. BAREL, *Le notificazioni nello spazio giuridico europeo*, Padova, Cedam, 2008, p. 227).

⁵⁶ If the right to refusal is not exercised, no judicial remedy is established by the Regulation against the fact that the document cannot be understood (J. ECHEBARRIA FERNÁNDEZ, “Commentary on the Judgment of the Provincial Audience of Barcelona of 21 November 2019 [Notification of Non-Translated Judicial Document] [ECLI: ES: APB: 2019: 9450A]”, *Cuadernos de derecho transnacional*, 2020, vol. 12, no 2, p. 983). According to the French Cour de Cassation, civ. 18 October 2012, 11-22.673, if the information on the right to refusal is correctly conveyed, the expiry of any judicial deadline or limitation depends on the negligence of the addressee and not on the language used.

⁵⁷ G. CUNIBERTI, *op. cit.*, p. 117.

⁵⁸ CJEU 2 June 2022, *SR v. EW*, C-196/21.

⁵⁹ CJEU *Alpha Bank*, cit.

33. The well-established concept of economic unit, used within the enforcement of EU Competition Law⁶⁰, is not applicable in the identification of the addressee. In the *Volvo*⁶¹ case, the CJEU held that that concept cannot be interpreted so extensively as to allow the service of judicial documents to the subsidiary, when the action is directed against the parent company. The claimant has the possibility to choose the defendant (between the subsidiary and the parent company), providing that they form an economic unit, and the competent court by relying on the alternative rules on jurisdiction established by the Regulation 1215/2012. Once these choices are made, the claimant must pursue proceedings accordingly, serving the documents to the defendant, and cannot “mix” the defendant and the addressee, by choosing to sue the parent company while serving the summons to the subsidiary. This is a fundamental limit safeguarding the defendant’s rights of defence⁶². Nor is the longer time required for service in another Member State compared to purely domestic service a valid argument. The unified methods established by EU Law aim to grant the objective of celerity. Any longer timeframe for transnational service do not constitute a violation of the reasonable duration of the process, which must be assessed in light of the circumstances of each case. Therefore, in the service of documents initiating proceedings, the defendant is generally the formal and material addressee. This holds true unless the subsidiary has been delegated or at least authorised to receive judicial documents in the place of the parent company.

VII. Some final remarks towards the future, including digitalisation

34. The content of Article 12 of the Regulation 2020/1784 is much more precise and complex than the original Article 8 of the Regulation 1348/2000, in order to face the challenges and difficulties of the practice. Some concerns, however, remains.

35. First of all, the limitation of the right to information on the right to refusal grants a margin of appreciation to the receiving authority and risks undermining the right to defence of the addressee, who might not understand the official language of the Member State addressed, or that used in that administrative part of this State.

36. Secondly, in case of refusal, the receiving authority must transmit to the sending authority only the form K, which is the standard certificate of “service or non-service of documents” pursuant to Articles 11(2), 12(4) and 14 of the Regulation, together with the documents to be translated. Nothing is indicated with respect to form L, that seems indispensable for the purposes of the rectification of the service, since it contains the addressees’ declaration on their linguistic skills. The sender can be left in doubt on the language for translation.

37. Thirdly, codifying the case law, Article 12(5) makes it clear that it is possible to remedy the service of the refused document through another service of the document together with the translation. However, the provision does not dictate the timing, not even in a general wording such as that used by the CJEU in the case *Leffler*. The ongoing lack of discipline on this point risks jeopardising the interests of the addressee. If the document to be notified is any act instituting proceedings, the recipient can be unaware of the willingness of the sender to continue the process of service through rectification, and thus the proceedings to be initiated; or to renounce the service and consequently the litigation⁶³.

⁶⁰ CJEU 10 September 2009, *Akzo Nobel and o. v. Commission*, C-97/08 P; CJEU 27 April 2017, *Akzo Nobel and o. v. Commission*, C-516/15 P; CJEU 1 July 2010, *Knauf Gips v. Commission*, C-407/08 P; with specific regard to the private enforcement and the relationship between the subsidiary and the parent company: CJEU 6 October 2021, *Sumal*, C-882/19.

⁶¹ CJEU 11 July 2024, *Volvo*, C-632/22.

⁶² In the light of the CJEU’s reply, STS Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 12 February 2025, claim no 45/2021, decision no 239/2025, ES:TS:2025:566 declared that the claimant’s behaviour was a “maquinación fraudulenta que justifica la rescisión de la sentencia firme” (Fundamentos de Derecho, Cuarto, para. 6), leading to new proceedings on the merits.

⁶³ If the sender does not continue the transmission of documents and translations, the service must be considered as non-existent (G. DE LEVAL/M. LEBOS, *op. cit.*, p. 276; G. CUNIBERTI, *op. cit.*, p. 117) or null and void (J.-P. RELMY, *op. cit.*, p. 239).

38. Finally, the most sensitive issue still remains the ascertainment of the linguistic skills. This remark shall not lead to the conclusion that an EU Regulation shall provide for specific provisions on this topic, while the development of the CJEU's case law helps the national courts to ponder and balance all the relevant elements. Neither it means that the flexibility of the current regime is not to be appreciated: by not imposing translations, it is not centred on State's sovereignty but rather on the rights of the parties, that must understand the documents, the legal act, the proceedings, regardless of the language used. However, this flexibility risks undermining legal certainty⁶⁴, or at least (unreasonably?) extending the duration of the proceedings, when a related litigation on the linguistic skills starts.

39. The increasing digitalisation of the judicial cooperation can change again the system of the service abroad⁶⁵. On 1st May 2025 Regulation 2023/2844⁶⁶ on digitalisation has become applicable. Article 25 introduces innovations (again) on the text of Regulation 2020/1784, after only few years of application. The most important is the addition of a new Article 19a in Section 2, that introduces a new method of service: the "electronic service through the European electronic access point". This tool can be used only insofar as the addressee had previously and expressly accepted its use. The acknowledgment of receipt contains the date of the receipt, which serves as the legal date of service. The same rule applies if the refusal to accept the document has been remedied to according to Article 12(5). This provision on the date of service is an exception to the general rule of the dual-date system with reference to national laws, still contemplated in what is now Article 13 of the Regulation⁶⁷.

40. The legal linguistic regime is fully applicable to the electronic service. Only Article 12(7) is modified in order to include the new authorities obliged to inform the addressee of the right to refusal at the time of the transmission.

41. The dematerialisation of service ensures increased expeditiousness to this process. Furthermore, it shall simplify the determination of the relevant date of service with a very pragmatical solution, that does not refer back to the national laws of the Member States of origin and addressed. It is consequently welcome in terms of celerity and greater effectiveness in protecting the right to a fair trial of both interested parties. This system must however be tested in practice in order to assess its good functioning, or the rise of new litigation.

42. The growing use of technological means in judicial proceedings allows us to envision overcoming linguistic challenges in the near future. The last remarks go, needless to say, to the artificial intelligence. In the field discussed here, and improving these systems – exactly as they are created for – these tools could facilitate the dematerialised transnational service⁶⁸ with full compliance with linguistic requirements and with the opposed right of the parties involved: a correct legal translation is today possible, in the most used languages and with the proofread of a professional translator; in the next future, the potentialities will amplify (at least, concerning the possible linguistic combinations). Looking ahead, but maybe not too much, as these technological systems are refined, we can envision an automatic translation system as a filter for the transmission of documents. The possibility of obtaining a reliable trans-

⁶⁴ J.P. SCHMIDT, "Europäisches Zustellungsrecht und nationale Rechtsmittelfristen – keine Aushöhlung der Übersetzungsregelung", *IPRax*, vol. 44, 2024, p. 382.

⁶⁵ C. GRIECO, "Il processo telematico italiano e il regolamento (CE) n. 1393/2007 sulle notifiche transfrontaliere", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 50, 2014, p. 587.

⁶⁶ Regulation (EU) 2023/2844 of the European Parliament and of the Council of 13 December 2023, on the digitalisation of judicial cooperation and access to justice in cross-border civil, commercial and criminal matters, and amending certain acts in the field of judicial cooperation, *OJ L*, 27 December 2023.

⁶⁷ However, if a rectification is needed, and proceedings are pending in the Member State of origin, a dual-date system seems still useful. This could work with reference to the two dates – of the service of the documents and of the service of the translation – instead of with reference to the two national laws. Indeed, the relevance of one date only would be detrimental to the right of one party: the addressee, if the date of the first service were to be taken into consideration; the sender, if the relevant date were that of the transmission of the retranslation.

⁶⁸ J.P. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 382.

lation at an acceptable cost and in a short time, almost automatically at the beginning of the electronic service procedure, would certainly reduce the importance of the linguistic flexibility currently envisaged by Regulation 2020/1784, but it would benefit the applicant, in terms of service times and costs, and the recipient, who would more likely receive the documentation translated into a known language.

The Forum Delicti and Personality Rights: an Overall Assessment in View of the Brussels Ibis Reform

El forum delicti y los derechos de la personalidad: una evaluación global en vista de la reforma del Reglamento Bruselas I bis

GIACOMO MAROLA

Ph.D. in Public Law, Criminal and International Justice (University of Pavia)
LL.M. in European and International Law (Europa-Institut, Saarland University)

Recibido: 21.10.2025 / Aceptado: 14.01.2026

DOI: 10.20318/cdt.2026.10280

Abstract: The paper offers a fresh analysis of a delicate issue in European private international law: the application of the forum delicti under Article 7(2) of the Brussels Ibis Regulation to disputes arising from infringements of personality rights. It first outlines the principles underlying the *forum delicti* and reconstructs the interpretative solutions developed by the European Court of Justice from *Shevill* to *Gtflix*. It then critically assesses the coherence of the Court's solutions and reviews the principal proposals for reform discussed in the literature, while also advancing an alternative approach. Overall, the paper seeks to contribute to the search for a balanced and coherent regulatory response to this unsettled issue in view of the forthcoming recast of the Brussels Ibis Regulation.

Keywords: International jurisdiction, Brussels Ibis Regulation, Forum delicti, Place where the harmful event occurred or may occur, Personality rights.

Resumen: El trabajo ofrece un nuevo análisis de una cuestión delicada del derecho internacional privado europeo: la aplicación del *forum delicti* en virtud del artículo 7, apartado 2, del Reglamento Bruselas I bis a los litigios derivados de infracciones de los derechos de la personalidad. El artículo expone, en primer término, los principios que fundamentan el *forum delicti* y reconstruye las soluciones interpretativas elaboradas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea desde *Shevill* hasta *Gtflix*. Asimismo, evalúa críticamente la coherencia de dichas soluciones y examina las principales propuestas de reforma debatidas en la doctrina, proponiendo además un enfoque alternativo. En definitiva, el trabajo pretende contribuir a la búsqueda de una respuesta normativa equilibrada y coherente a una cuestión todavía no resuelta, con vistas a la futura refundición del Reglamento Bruselas I bis.

Palabras clave: Jurisdicción internacional, Reglamento Bruselas I bis, Forum delicti, Lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso, Derechos de la personalidad.

Summary: I. Introduction. II. The Forum Delicti: Underlying Principles and General Theories of Interpretation. III. The Interpretation of the «Place of the Harmful Event» in Personality Rights Disputes according to the ECJ Case Law. IV. Assessment of the ECJ's Interpretation of the «Place of the Harmful Event» in Personality Rights Disputes. 1. The Publisher's Place of Establishment as the Locus Actus in Personality Rights Disputes. 2. The "Mosaic" Jurisdiction in Personality Rights Disputes. A) Connecting Factors: Distribution, Injury to Reputation, and Accessibility. B) The "Mosaic" Approach in Personality Rights Disputes. 3. The Victim's Centre of Interests. 4. Re-assessing the Media-Specific Construction of the Locus Damni in the ECJ Case Law. V. Alternative

Jurisdictional Models in the Literature. 1. The Country of Origin Approach. 2. The Actual Access Approach. 3. The Targeting Approach. 4. The Forum of the Victim. VI. A Possible Way Forward De Lege Ferenda. VII. Conclusion.

I. Introduction

1. The resolution of conflicts of jurisdiction over civil law disputes arising from the infringement of rights relating to personality – that is, the right to reputation and the right to privacy – remains one of the most delicate issues in European private international law.¹

2. Unsurprisingly, the Report on the application of Regulation (EU) No 1215/2012 (the so-called “Brussels Ibis Regulation”), published by the European Commission on 2 June 2025, devotes some attention to the topic.² After having recalled some of the criticisms raised in legal literature and practice against the case law of the European Court of Justice (“ECJ” or “the Court”) from *Shevill*³ to *Gtflif*⁴ on the interpretation of the special ground of jurisdiction in matters relating to tort under Article 7(2) (the so-called “*forum delicti*”), the Report concludes that a future review of the Regulation could consider ways to simplify and modernise Article 7(2).⁵

3. The forthcoming recast of the Brussels Ibis Regulation offers a valuable opportunity to comprehensively revisit the case law of the ECJ on the interpretation of the *forum delicti* in personality rights disputes and to engage with the alternative approaches proposed in the literature. Against this background, the paper undertakes a critical examination of the Court’s interpretative solutions and a review of the main proposals for reform advanced in legal literature. Building on this analysis, it also puts forward an alternative proposal on how the *forum delicti* might be reformed with respect to personality rights disputes. In doing so, the paper aims to contribute to the search for appropriate regulatory responses to a particularly delicate and unsettled issue within European private international law.

4. To this end, the paper is structured in five sections. Section II provides an overview of the *forum delicti*, its underlying principles, and the general theories developed by the ECJ in interpreting this ground of jurisdiction. Section III describes the Court’s case law on personality rights disputes from *Shevill* to *Gtflif*. Section IV analyses the main criticisms raised by the Court’s interpretative solutions. Section V outlines the alternative jurisdictional models proposed in the literature. Finally, Section VI concludes by presenting an alternative proposal on how the *forum delicti* might be reformed as regards personality rights disputes.

II. The *Forum Delicti*: Underlying Principles and General Theories of Interpretation

5. While Article 4(1) of the Brussels Ibis Regulation confers international jurisdiction on the courts of the Member State where the defendant is domiciled (the so-called “*forum rei*”), Article 7(2) –

¹ P. MANKOWSKI, “Art. 1”, in U. MAGNUS and P. MANKOWSKI (eds.), *Rome II Regulation – Commentary*, vol. 3, Cologne, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2019, p. 116.

² Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), *OJ L* 351 of 20 December 2012, p. 1; European Commission, *Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the application of Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast)*, COM(2025) 268 final, 2 June 2025, pp. 9-10.

³ ECJ 7 March 1995, *Shevill and Others v Presse Alliance SA*, Case C-68/93, ECLI:EU:C:1995:61.

⁴ ECJ 21 December 2021, *Gtflif Tv v DR*, Case C-251/20, ECLI:EU:C:2021:1036.

⁵ European Commission, *Report on the application of Regulation (EU) No 1215/2012*, cit., p. 20.

mirroring the equivalent provisions enshrined in Article 5(3) of the 1968 Brussels Convention and the Brussels I Regulation⁶ – provides an additional head of jurisdiction in matters relating to tort, delict or quasi-delict, allowing the plaintiff to bring proceedings before the courts of «the place where the harmful event occurred or may occur».⁷

6. Hence, the «harmful event» is designated as the relevant element of a non-contractual obligation to determine international and territorial jurisdiction in tort disputes.⁸ Yet the notion has been left undefined since the 1968 Brussels Convention.⁹ To fill the legislative gap, the ECJ relies on a «principle-based» interpretation, drawing on two overarching objectives – procedural proximity and legal certainty – now expressly referred to in the preamble of the Brussels Ibis Regulation.¹⁰ As to procedural proximity, the case law has repeatedly held that the *forum delicti* is «based on the existence of a particularly close connecting factor between the dispute and courts other than those of the State of the defendant's domicile, which justifies the attribution of jurisdiction to those courts for reasons relating to the sound administration of justice and the efficacious conduct of proceedings».¹¹ As to legal certainty, the ECJ has stressed that the *forum delicti* must be read in light of the Brussels I regime's objective of «strengthening of the legal protection of persons established in the Community, by enabling the claimant to identify easily the court in which he may sue and the defendant reasonably to foresee in which court he may be sued».¹² It must also be construed so that the court seised is «readily able to decide whether it has jurisdiction, without having to consider the substance of the case».¹³ To this latter effect, it is often said that the Brussels I regime seeks to establish “hard-and-fast” rules of jurisdiction.¹⁴

7. These principles are consistently invoked by the ECJ both to delineate the substantive scope of Article 7(2) – namely, the concept of «matters relating to tort, delict or quasi-delict» – and to clarify the relevant connecting factor, that is, the «harmful event».¹⁵ Moreover, the ECJ interprets Article 7(2) in light of the following criteria: (i) the need for an autonomous interpretation; (ii) the need for a restrictive

⁶ Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, *OJ* L 299 of 31 December 1972, p. 32; Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, *OJ* L 12 of 16 January 2001, p. 1.

⁷ Since the 1968 Brussels Convention, the English-language version of the provision has been amended only once, when the Brussels I Regulation added a reference to the place where harm «may occur» alongside the original «place where the harmful event occurred». cfr. ECJ 1 October 2002, *Verein für Konsumenteninformation v Henkel*, Case C-167/00, ECLI:EU:C:2002:555, paras 44-50. The ECJ has consistently held that its interpretation of Article 5(3) of the Brussels Convention and Brussels I Regulation also applies to Article 7(2) of the Brussels Ibis Regulation; cfr. ECJ 9 July 2020, *Verein für Konsumenteninformation v Volkswagen AG*, Case C-343/19, ECLI:EU:C:2020:534, para 22.

⁸ ECJ 15 July 2021, *RH v AB Volvo and Others*, Case C-30/20, ECLI:EU:C:2021:604, para 33; ECJ 2 December 2025, *Stichting Right to Consumer Justice and Stichting App Stores Claims v Apple Distribution International Ltd and Apple Inc*, Case C-34/24, ECLI:EU:C:2025:936, para. 50.

⁹ Report by Mr P. Jenard on the Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, *OJ* C 59 of 5 March 1979, p. 26.

¹⁰ Recitals 15 and 16 of the Brussels Ibis Regulation. The notion of «principle-based» interpretation is used by J.A. PONTIER and E. BURG, *EU Principles on Jurisdiction and Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters according to the Case Law of the European Court of Justice*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2004, p. 8.

¹¹ See, e.g., ECJ 11 January 1990, *Dumez France SA and Tracoba SARL v Hessische Landesbank and Others*, Case C-220/88, ECLI:EU:C:1990:8, para 17; ECJ 16 July 2009, *Zuid-Chemie BV v Philippo's Mineralenfabriek NV/SA*, Case C-189/08, ECLI:EU:C:2009:475, para 24; ECJ 10 March 2022, *ZK v BMA Braunschweigische Maschinenbauanstalt AG*, Case C-498/20, ECLI:EU:C:2022:173, para 29.

¹² See, e.g., ECJ 10 June 2004, *Rudolf Kronhofer v Marianne Maier and Others*, Case C-168/02, ECLI:EU:C:2004:364, para 20; ECJ 25 October 2012, *Folien Fischer AG and Fofitec AG v Ritrama SpA*, Case C-133/11, ECLI:EU:C:2012:664, para 33; ECJ 12 May 2021, *Vereniging van Effectenbezitters v BP plc*, Case C-709/19, ECLI:EU:C:2021:377, para 33.

¹³ See, e.g., ECJ 28 January 2015, *Harald Kolassa v Barclays Bank plc*, Case C-375/13, ECLI:EU:C:2015:37, paras 61-62; ECJ 4 July 2024, *MOL Magyar Olaj- és Gázipari Nyrt. v Mercedes-Benz Group AG*, Case C-425/22, ECLI:EU:C:2024:578, para 45.

¹⁴ See, e.g., C. KOHLER, “Practical Experience of the Brussels Jurisdiction and Judgments Convention in the Six Original Contracting States”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 34, no. 3, 1985, p. 563.

¹⁵ PONTIER and BURG, cit., p. 180; M. REQUEJO ISIDRO, E. WAGNER and M. GARGANTINI, “Art. 7”, in M. REQUEJO ISIDRO (ed.), *Brussels Ibis: A Commentary on Regulation (EU) No 1215/2012*, Cheltenham, Edward Elgar, 2022, pp. 110-111.

interpretation, since it constitutes an exception to the general forum of the defendant's domicile; (iii) the need to preserve the *effet utile* of the *forum delicti*; (iv) the absence of a protective rationale; and (v) the objective of consistency with the Rome II Regulation.¹⁶

8. In light of these interpretative standards, the ECJ has progressively developed different theories on the interpretation of the «harmful event». Most notably, since *Mines de Potasse*, the Court has consistently held that, in distance torts, the «place where the harmful event occurred or may occur» covers both the place of the causal event and the place of damage (the «ubiquity» rule), thereby allowing the plaintiff to sue in either place at their discretion (the «optio fori» rule).¹⁷ The ubiquity rule is sometimes criticised for overextending the scope of the *forum delicti*, multiplying heads of jurisdiction, and facilitating forum shopping.¹⁸ Yet the ubiquity rule retains significant normative weight. By reflecting the constituent elements of tort liability, it confers jurisdiction to courts situated where the relevant evidence is most likely to be found, thereby aligning with procedural proximity.¹⁹ It also promotes equality of arms between the litigants.²⁰ The choice between *forum actus* and *forum damni* is open not only to alleged victims but also to alleged tortfeasors seeking negative declaratory relief.²¹ As the causal event often occurs where the tortfeasor is domiciled and the damage typically occurs where the victim is domiciled, the ubiquity rule often enables either party to bring proceedings both in their own home State and in the home State of the adversary. Finally, the dual solution ensures equal adjudicative authority to the courts of the different Member States involved in a distance tort.²²

9. Against this background, the Court has never abandoned the ubiquity rule, which has emerged as the paradigmatic solution for interpreting the *forum delicti*, nor has it been challenged by the EU legislator in the previous recasting procedures.²³ At the same time, after *Mines de Potasse*, the Court has progressively sought to narrow down the scope of the connecting factors of the «event giving rise to the damage» and the «damage».²⁴ Regarding the place of the causal event (*locus actus*), the Court has held that, where several acts or omissions occur in different Member States, only one act in the causal chain is relevant for jurisdiction.²⁵ Jurisdictional relevance should be given to the act or omission that lies at the «origin» of the damage.²⁶ The relevant act or omission must constitute the «necessary precondition» of the harm and bear a direct causal link to the damage.²⁷ The place of the damage (*locus damni*) is «where the event giving rise to the damage produces its harmful effects, that is to say, where the damage actually

¹⁶ See, e.g., ECJ 16 July 2009, *Zuid-Chemie*, cit., para 17; ECJ 11 January 1990, *Dumez*, cit., paras 16-17; ECJ 19 September 1995, *Antonio Marinari v Lloyds Bank plc and Zubaidi Trading Company*, Case C-364/93, ECLI:EU:C:1995:289, para 12; ECJ 25 October 2012, *Folien Fischer*, cit., para 46; ECJ 16 January 2014, *Andreas Kainz v Pantherwerke AG*, Case C-45/13, ECLI:EU:C:2014:7, para 20; ECJ 29 July 2019, *Tibor-Trans Fuvarozó és Kereskedelmi Kft. v DAF Trucks N.V.*, Case C-451/18, ECLI:EU:C:2019:635, para 35.

¹⁷ ECJ 30 November 1976, *Handelskwekerij G. J. Bier BV v Mines de Potasse d'Alsace SA*, Case 21/76, ECLI:EU:C:1976:166, paras 24-25.

¹⁸ See, e.g., E. LEIN, «Art. 7(2)», in A. DICKINSON and E. LEIN (eds.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 156; P. MANKOWSKI, «Art. 7», in U. MAGNUS and P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels Ibis Regulation – Commentary*, vol. 1, Cologne, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2023, p. 261.

¹⁹ PONTIER and BURG, cit., pp. 184-185; LEIN, cit., pp. 156-157; R. MONICO, *La giurisdizione in materia extracontrattuale nello spazio giudiziario europeo*, Torino, Giappichelli, 2022, p. 332.

²⁰ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Distance Torts: the *Mines de Potasse* Decision Forty Years On», *Yearbook of Private International Law*, vol. XVIII, 2016/2017, pp. 37-38; MONICO, cit., pp. 187-190.

²¹ ECJ 25 October 2012, *Folien Fischer*, cit., para 47.

²² CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Distance Torts», cit., p. 37.

²³ cfr. *ibidem*, pp. 22 and 27; T.C. HARTLEY, «Jurisdiction in Tort Claims for Non-physical Harm under Brussels 2012, Article 7(2)», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 67, 2018, pp. 988, 997-998 and 1003; MONICO, cit., p. 181.

²⁴ REQUEJO ISIDRO, WAGNER and GARGANTINI, cit., p. 119.

²⁵ ECJ 5 July 2018, *AB flyLAL-Lithuanian Airlines v Starptautiskā lidosta Rīga VAS and Air Baltic Corporation AS*, Case C-27/17, ECLI:EU:C:2018:533, para 56.

²⁶ cfr. ECJ 7 March 1995, *Shevill*, cit., paras 20 and 24.

²⁷ cfr. ECJ 5 February 2004, *DFDS Torline A/S v LO Landsorganisationen i Sverige*, Case C-18/02, ECLI:EU:C:2004:74, para 34.

manifests itself».²⁸ It covers only the place where the «initial» damage is suffered by «direct» victims.²⁹ In *Shevill*, the ECJ has established that, in case of harm occurring in multiple countries (so-called “scattered” harm), a court seised on the basis of the *locus damni* has jurisdiction only over the portion of harm occurring in the forum State (so-called “mosaic” approach).³⁰ To date, the Court has expressly endorsed this solution only for specific categories of torts, most notably infringements of personality rights and intellectual property rights.³¹

10. A core difficulty in localising the «harmful event» for different torts lies in balancing procedural proximity and predictability. The preamble to the Brussels Ibis Regulation provides that a close connection between the dispute and the forum should ensure predictability of jurisdiction, especially for the defendant, which is particularly important in personality rights disputes.³² In practice, however, proximity and predictability may conflict.³³

11. On the one hand, proximity is best secured when the *locus actus* and the *locus damni* are determined through a thorough assessment of the facts of the case, so as to identify the court procedurally best placed to adjudicate. Yet this may undermine legal certainty, as the court seised could establish jurisdiction only after a comprehensive taking of evidence, and the parties’ ability to identify the competent court would be highly dependent on the circumstances of the individual dispute. In essence, a too facts-oriented approach risks turning the search for the *locus actus* and the *locus damni* into a jurisdictional inquiry akin to a *forum (non) conveniens* analysis.³⁴

12. On the other hand, legal certainty is generally enhanced when the *locus actus* and the *locus damni* are defined by abstract connecting factors that can be readily applied in individual cases. Proximity may still be pursued by selecting a connecting factor that, in principle, reflects a close link between a national legal order and the category of non-contractual obligations at stake. In practice, however, reliance on abstract connecting factors may assign jurisdiction to courts that lack a meaningful connection with the dispute. Moreover, reliance on such factors will often localise the *locus actus* at the tortfeasor’s domicile, as this is commonly where the wrongful act is committed, and the *locus damni* at the victim’s domicile, as this is frequently where the victim’s damaged assets are located. This weakens the *effet utile* of the *forum actus*, since the tortfeasor’s home courts will typically already have jurisdiction under the *forum rei*. In turn, the *locus damni* will enable the victim to sue in their home country, thereby establishing a *forum actoris* that sits uneasily with the general rule of the *forum rei*.

13. In addition to the tension between proximity and predictability, the localisation of the *locus actus* and *locus damni* in torts against personality rights is confronted with two layers of complexity specific to this category of torts.

14. First, personality rights disputes are culturally and politically sensitive. Since infringements of personality rights are usually committed in connection with the production and dissemination of me-

²⁸ ECJ 16 July 2009, *Zuid-Chemie*, cit., para 27.

²⁹ ECJ 11 January 1990, *Dumez*, cit., para 20; ECJ 19 September 1995, *Marinari*, paras 14-15.

³⁰ ECJ 7 March 1995, *Shevill*, cit., paras 30 and 33. The term “mosaic” approach originated in German literature (“*Mosaikbetrachtung*”) but is now widely used in legal literature to denote the limitation of the territorial scope of the *forum damni* affirmed in *Shevill*.

³¹ MONICO, cit., p. 215; cfr. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Distance Torts”, cit., p. 29; REQUEJO ISIDRO, WAGNER and GARGANTINI, cit., pp. 124-125.

³² Recital 16, second and third sentences, of the Brussels Ibis Regulation. The specific mention of personality rights disputes at recital 16 of the Brussels Ibis Regulation was introduced upon the initiative of the European Parliament, with the view to overrule the *Shevill* case law. See further M. REYMOND, *La compétence internationale en cas d’atteinte à la personnalité par Internet*, Genève, Schulthess Médias Juridiques SA, 2015, pp. 200-202.

³³ M. POESEN, “Is Specific Jurisdiction Dead and Did We Murder It? An Appraisal of the Brussels Ia Regulation in the Globalising Context of the HCCH 2019 Judgments Convention”, *Uniform Law Review*, vol. 26, no. 1, 2021, pp. 1-2; MONICO, cit., p. 53.

³⁴ cfr. REQUEJO ISIDRO, WAGNER and GARGANTINI, cit., pp. 124-125.

dia content, such disputes ultimately involve a conflict between two competing fundamental rights: the right to reputation or privacy, on the side of the victim, and the right to freedom of expression, on the side of the tortfeasor.³⁵ In this context, the jurisdictional analysis is confronted with the delicate tasks of promoting equal treatment between the parties' competing fundamental rights and accommodating the different national conceptions at the European level regarding the proper balance between the two rights.

15. Second, personality rights infringements are characterised by a degree of geographical independence that is difficult to reconcile with the strictly territorial connecting factor adopted by the *forum delicti*, that is, the «harmful event». On the one hand, personality rights protect intangible assets of the victim's personal sphere, namely their moral integrity, and the harm arising as a result of the infringement is primarily non-pecuniary or ideal in nature.³⁶ On the other hand, in today's European information society, personality rights infringements are typically committed by means of the Internet.³⁷ Due to its attributes of ubiquity and virtuality, the Internet has increased the potential for cross-border violations of personality rights while simultaneously challenging the application of traditional private international law rules based on geographical connecting factors.³⁸

III. The Interpretation of the «Place of the Harmful Event» in Personality Rights Disputes according to the ECJ Case Law

16. Back in 1995, in the seminal case *Shevill*, the ECJ was first asked to provide guidance on how to interpret the notion of «harmful event» – under Article 5(3) of the 1968 Brussels Convention – in a case of defamation committed through the press. After reaffirming the ubiquity rule, the ECJ held that, in the case of a libel committed by a newspaper article distributed in several Contracting States, the *locus actus* coincides with the «place where the publisher is established, since that is the place where the harmful event originated and from which the libel was issued and put into circulation».³⁹ The courts of the place where the publisher is established have jurisdiction «for all the harm caused by the allegedly defamatory material».⁴⁰ As regards the *locus damni*, the ECJ held that the damage is deemed to occur in the «places where the publication is distributed and where the victim is known in those places».⁴¹ By upholding the view of Advocates General (AGs) Darmon and Léger, the ECJ ruled that the «courts of each Contracting State in which the defamatory publication was distributed and in which the victim claims to have suffered injury to his reputation have jurisdiction to rule on the injury caused in that State», as these courts «are territorially the best placed to assess the libel committed in that State and to determine the extent of the corresponding damage».⁴²

17. In 2011, in the landmark joined cases *eDate Advertising and Martinez*, the ECJ first addressed the interpretation of the «place of the harmful event» in personality rights infringements committed via the Internet.⁴³ After having recalled the solutions upheld in *Shevill* for press defamation, the ECJ

³⁵ J.-J. KUIPERS, «Personality Rights», in J. BASEDOW *et al.* (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2017, p. 1351; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, «Protection of Reputation, Good Name and Personality Rights in Cross-Border Digital Media», *GRUR International*, vol. 71, no. 11, 2022, p. 1019.

³⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «The Internet – Privacy and Rights Relating to Personality (Volume 378)», in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Leiden, Brill Nijhoff, 2016, pp. 355-356.

³⁷ *ibidem*, pp. 281-286.

³⁸ S. C. SYMEONIDES, *Cross-Border Infringement of Personality Rights via the Internet: A Resolution of the Institute of International Law*, Leiden, Brill Nijhoff, 2021, pp. 12-14.

³⁹ ECJ 7 March 1995, *Shevill*, cit., para 24.

⁴⁰ *ibidem*, para 25.

⁴¹ *ibidem*, para 29.

⁴² *ibidem*, paras 30-31. See Opinion of AG Darmon, 14 July 1994, *Fiona Shevill and others v Presse Alliance SA*, Case C-68/93, ECLI:EU:C:1994:303, paras 34, 62-64 and 71-79; Opinion of AG Léger, 10 January 1995, *Fiona Shevill and others v Presse Alliance SA*, Case C-68/93, ECLI:EU:C:1995:1, paras 54-57.

⁴³ ECJ 25 October 2011, *eDate Advertising GmbH v X and Olivier Martinez and Robert Martinez v MGN Limited*, Joined Cases C-509/09 and C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685.

held that these solutions also apply «to other media and means of communication and may cover a wide range of infringements of personality rights recognised in various legal systems».⁴⁴ Nevertheless, consistently with the emphasis placed by AG Cruz Villalón on the exceptional characteristics of the Internet, the Court considered that the placing online of content, differently from the dissemination of information through conventional media such as the press, is meant to ensure the «ubiquity of that content».⁴⁵ Online content «may be consulted instantly by an unlimited number of Internet users throughout the world, irrespectively of any intention on the part of the person who placed it [online]... and outside that person's control».⁴⁶ Not only does the Internet «reduce the usefulness of the criterion of distribution» relied upon in *Shevill*, given that «the scope of the distribution of content placed online is in principle universal», but for online content it is «not always possible, on a technical level, to quantify that distribution with certainty and accuracy in relation to a particular Member State or, therefore, to assess the damage caused exclusively within that Member State».⁴⁷ The difficulties in giving effect to the criterion of “distribution” in the online environment are further exacerbated by the «serious nature of the harm which may be suffered by the holder of a personality right», given that the injurious information «is available on a world-wide basis».⁴⁸

18. Against this background, the ECJ agreed with AG Cruz Villalón that, compared to *Shevill*, an additional connecting factor should have been introduced in case of personality rights infringements committed through the Internet. AG Cruz Villalón proposed granting full jurisdiction to the courts of the Member State where the «centre of gravity of the dispute» is situated.⁴⁹ According to the AG, this centre of gravity was to be determined on the basis of two cumulative elements: one concerning the «individual whose personality rights have allegedly been infringed», intended to identify where that person has their «centre of interests», and one concerning the «nature of the information», intended to establish whether that information is «objectively relevant» or «newsworthy» in a particular Member State.⁵⁰ The ECJ remained silent on the second prong of the jurisdictional test proposed by AG Cruz Villalón and held that the victim of an online infringement of a personality right may bring proceedings, in respect of «all the damage» suffered, before the courts of the Member State where that person has their «centre of interests».⁵¹

19. According to the ECJ, the place where a person has their centre of interests corresponds in general to their habitual residence, but a person may also have the centre of their interests in a different Member State, insofar as other factors, such as the pursuit of a professional activity, may establish the existence of a particularly close link with that State.⁵² The attribution of jurisdiction to the courts at the victim's centre of interests aligns with the principle of procedural proximity, as these courts are best placed to assess the impact which a material placed online is liable to have on an individual's personality rights.⁵³ It is also said to fit consistently with the aim of predictability, since the publisher of online content is, at the time of uploading, in a position to know the centre of interests of the person who is the subject of the content.⁵⁴

20. The ECJ further considered that the adaptation, to the online context, of the criterion of the place where the damage occurred, as interpreted in *Shevill*, requires that jurisdiction limited to the «damage caused in the territory of the Member State of the court seised» under the “mosaic” approach

⁴⁴ *ibidem*, para 44.

⁴⁵ *ibidem*, para 45. See Opinion of AG Cruz Villalón, 29 March 2011, *eDate Advertising GmbH v X and Olivier Martinez and Robert Martinez v MGN Limited*, Joined Cases C-509/09 and C-161/10, ECLI:EU:C:2011:192, paras 42-48.

⁴⁶ ECJ 25 October 2011, *eDate Advertising and Martinez*, cit., para 45.

⁴⁷ *ibidem*, para 46.

⁴⁸ *ibidem*, para 47.

⁴⁹ Opinion of AG Cruz Villalón on *eDate Advertising and Martinez*, cit., paras 58, 59 and 82.

⁵⁰ *ibidem*, paras 58-60 and 63.

⁵¹ ECJ 25 October 2011, *eDate Advertising and Martinez*, cit., para 48.

⁵² *ibidem*, para 49.

⁵³ *ibidem*, para 48.

⁵⁴ *ibidem*, para 50.

must be given to the «courts of each Member State in the territory of which content placed online is or has been accessible».⁵⁵

21. Accordingly, the ECJ concluded that, in the event of an infringement of personality rights by means of online content, the victim may bring proceedings on the basis of the *forum delicti* either before the courts of the Member State where the publisher is established, the courts of the Member State where the victim has their centre of interests, or the courts of any Member State where the online content is or has been accessible. The latter courts have jurisdiction over the damage suffered by the victim on the territory of the Member State where the court seised is situated.⁵⁶

22. In *Bolagsupplysningen*⁵⁷, the ECJ introduced two main innovations: it extended the jurisdictional ground of the “victim’s centre of interests” to personality rights claims brought by legal persons, and it excluded the availability of the “mosaic” jurisdiction where the plaintiff seeks rectification or removal of online content.

23. As regards the extension of the victim’s centre of interests to legal persons, the ECJ reasoned that whether the damage arising from the infringement of personality rights is material or non-material has no bearing on the determination of jurisdiction.⁵⁸ Moreover, this ground of jurisdiction reflects the place where «the damage caused by the online material occurs most significantly», given the reputation enjoyed by the relevant person there.⁵⁹ As such, this jurisdictional option is «justified in the interests of sound administration of justice and not specifically for the purposes of protecting the applicant».⁶⁰

24. In *Bolagsupplysningen*, the ECJ was confronted with the identification of the «centre of interests» of a company incorporated in one Member State (Estonia) that conducted most of its business in another Member State (Sweden). Consistently with the opinion of AG Bobek, the ECJ reasoned that a company has its centre of interests in «the place where it carries out the main part of its economic activities», as this is where its commercial reputation is most firmly established and thus where any injury to that reputation would be felt most keenly.⁶¹ At the same time, it held that a company’s centre of interests «may coincide» with the place where the company has its registered office «when it carries out all or the main part of its activities in the Member State where that office is situated», but the place of registration is not «a conclusive criterion».⁶² Furthermore, the Court added that, in the case at hand, the courts of the Member State where the claimant conducted its main economic activities (Sweden) were best placed to assess the existence and scope of the harm, «particularly given that» the injury to its reputation arose from online information and comments published on «a professional site managed» in that Member State and written in a «language» (i.e. Swedish) meant «to be understood by people living in that Member State».⁶³ At the same time, the ECJ held that, in circumstances «where it is not clear from the evidence» available at the jurisdictional stage whether the legal person mainly conducts its economic activity in a given Member State, such that its centre of interests «cannot be identified», that person «cannot benefit from the right to sue» at its centre of interests.⁶⁴

⁵⁵ *ibidem*, para 51.

⁵⁶ *ibidem*, par 52 and operative part (1).

⁵⁷ ECJ 17 October 2017, *Bolagsupplysningen OÜ and Ingrid Ilsjan v Svensk Handel AB*, Case C-194/16, ECLI:EU:C:2017:766.

⁵⁸ *ibidem*, paras 36-37.

⁵⁹ *ibidem*, paras 33 and 42.

⁶⁰ *ibidem*, para 38.

⁶¹ *ibidem*, paras 41-42. cfr. Opinion of AG Bobek, 13 July 2017, *Bolagsupplysningen OÜ and Ingrid Ilsjan v Svensk Handel AB*, Case C-194/16, ECLI:EU:C:2017:554, paras 99-117.

⁶² *ibidem*, para 41.

⁶³ *ibidem*, para 42.

⁶⁴ *ibidem*, para 43.

25. As regards the “mosaic” approach, the case raised the question of whether courts having “mosaic” jurisdiction based on the accessibility of harmful content in the forum State should also have had jurisdiction over actions seeking the rectification or removal of such content, in addition to actions for compensation of the harm suffered in the forum State. On this point, the ECJ did not engage with the extensive analysis of AG Bobek.⁶⁵ The AG argued that, due to the problems surrounding its application and the risk of abuses, the “mosaic” jurisdiction should have been abandoned altogether, irrespective of the remedies sought.⁶⁶ Yet the ECJ limited itself to excluding the availability of the “mosaic” jurisdiction for actions seeking the rectification and removal of online content, reasoning that these remedies are territorially “indivisible”, while implicitly affirming the continuing existence of the “mosaic” jurisdiction for territorially “divisible” remedies like compensation. To this end, it held that, due to «the ubiquitous nature of the information and content placed online on a website and the fact that the scope of their distribution is, in principle, universal», an application for rectification and removal of online content is a «single and indivisible» remedy and can, as such, only be brought before a court «with jurisdiction to rule on the entirety of an application for compensation for damage, and not before a court that does not have jurisdiction to do so».⁶⁷

26. In *Mittelbayerischer*, the Court ruled that a plaintiff may invoke jurisdiction at their «centre of interests» only if the harmful online content refers, directly or indirectly, to that person.⁶⁸ In the main proceedings, a former Auschwitz prisoner sued before the courts of his habitual residence (Poland) a German publisher operating a local newspaper, which, in an online article, used the adjective “Polish” to describe a Nazi extermination camp in occupied Poland. The Court held that, unlike *eDate* and *Bolagsupplysningen*, where the plaintiffs were mentioned by name in the harmful content, in *Mittelbayerischer* the victim was not referred to at all, either directly or indirectly, in the harmful online content.⁶⁹ Upholding jurisdiction at the “victim’s centre of interests” in such circumstances would undermine the predictability the Brussels Ibis Regulation seeks to ensure, especially for defendants.⁷⁰ If the victim is not referred to at all in the harmful content, the publisher cannot, at the time of uploading, know the centres of interest of persons who are not referred to and thus cannot reasonably foresee where they might be sued.⁷¹ Moreover, allowing members of a general group, such as Polish nationals, to claim jurisdiction at their own centres of interest would lead to a multiplication of potential heads of jurisdiction. The centre of interests of each individual member of the group could be located in any EU Member State, exposing the defendant to the risk of being sued in all Member States.⁷² Besides conflicting with the objective of predictability, this outcome would disregard the requirement to ensure a particularly close connection between the dispute and the forum.⁷³ Only such a connection justifies a derogation from the general rule of jurisdiction at the defendant’s domicile.⁷⁴ To comply with the objective of predictability, in personality rights disputes, the existence of such a close connection must not be based solely on subjective factors related to the individual sensitivity of the victim, but also on objective and verifiable elements that make it possible to identify, directly or indirectly, that person as an individual.⁷⁵

27. Finally, in *Gtflif*, building on its findings in *Bolagsupplysningen*, the ECJ held that, unlike actions for rectification and removal of online content, courts with “mosaic” jurisdiction based on the accessibility of the harmful content in the forum do have jurisdiction over actions for compensation.⁷⁶ This

⁶⁵ cfr. Opinion of AG Bobek on *Bolagsupplysningen*, cit., paras 73-98.

⁶⁶ *ibidem*, paras 123 and 129.

⁶⁷ ECJ 17 October 2017, *Bolagsupplysningen*, cit., para 48.

⁶⁸ ECJ 17 June 2021, *Mittelbayerischer Verlag KG v SM*, Case C-800/19, ECLI:EU:C:2021:489, para 46 and the operative part.

⁶⁹ *ibidem*, paras 35-36.

⁷⁰ *ibidem*, para 37.

⁷¹ *ibidem*, para 38.

⁷² *ibidem*, paras 39 and 43.

⁷³ *ibidem*, paras 40 and 45.

⁷⁴ *ibidem*, para 41.

⁷⁵ *ibidem*, para 42.

⁷⁶ ECJ 21 December 2021, *Gtflif*, cit., para 43 and the operative part.

applies even when the plaintiff, as in the main proceedings, jointly requests injunctive relief and compensation, as the remedies sought may be split if needed.⁷⁷ While actions for rectification and removal are «single and indivisible», «no such justification exists» for actions for compensation.⁷⁸ According to the Court, the availability of “mosaic” jurisdiction for compensation serves the sound administration of justice on two grounds. First, courts where the content is accessible are «perfectly capable» of assessing the existence and extent of the damage suffered within their territory.⁷⁹ Second, according to the ECJ’s previous finding in *Bolagsupplysningen*, the plaintiff cannot sue at the «centre of interests» when its «centre of interests» cannot be identified. In such a situation, the “mosaic” jurisdiction ensures that victims can still bring proceedings on the basis of the *forum damni* and obtain at least partial compensation for the harm suffered.⁸⁰

28. Furthermore, in *Gtflifx*, the ECJ rejected the AG Hogan’s argument that the “mosaic” approach could have been combined with “targeting”, in place of “accessibility”. In this way, it strengthened the view, tracing back to *eDate*, that “mosaic” jurisdiction depends on the mere accessibility of the harmful content in the forum State. In particular, AG Hogan argued that national courts should have had “mosaic” jurisdiction only if the «publication ... have been specifically directed towards the territory of the Member State concerned», rather than merely because the content is or has been accessible there.⁸¹ Against this background, the ECJ held firmly that «it must be borne in mind» that the mosaic jurisdiction «is subject to the sole condition that the harmful content must be accessible or have been accessible in that Member State».⁸² On the one hand, it recalled that, unlike Article 17(1)(c) for consumer contracts, Article 7(2) of the Brussels Ibis Regulation does not require that the defendant’s activity must have been “directed” to the forum State.⁸³ On the other hand, it warned that making jurisdiction dependent on «additional conditions» could «lead ... to the de facto exclusion» of the option for the applicant to bring proceedings in the Member States where the online content is accessible, whereas a person who claims to have suffered an injury to their personality rights «must always be able to bring proceedings before the courts of the place where the damage occurred».⁸⁴

IV. Assessment of the ECJ’s Interpretation of the «Place of the Harmful Event» in Personality Rights Disputes

29. This section critically analyses the solutions developed by the ECJ in the case law from *Shevill* to *Gtflifx*. It begins with the jurisdictional ground of the publisher’s place of establishment as the *locus actus*. It then turns to the two jurisdictional venues available under the *forum damni*: the “mosaic” jurisdiction based on the distribution or accessibility of the harmful content in the forum State, and jurisdiction at the victim’s centre of interests. Finally, it considers the merits of diversifying the interpretation of the *locus damni* depending on the medium used to perpetrate infringements of personality rights.

1. The Publisher’s Place of Establishment as the *Locus Actus* in Personality Rights Disputes

30. In *Shevill* and *eDate*, the Court conferred jurisdiction based on the *locus actus* to the courts of the Member State where the publisher is established.⁸⁵ In *Shevill*, this was motivated by the ECJ on

⁷⁷ *ibidem*, paras 36, 43, and the operative part.

⁷⁸ *ibidem*, para 35.

⁷⁹ *ibidem*, para 38.

⁸⁰ *ibidem*, para 39.

⁸¹ Opinion of AG Hogan, 16 September 2021, *Gtflifx Tv v DR*, Case C-251/20, ECLI:EU:C:2021:745, para 88.

⁸² ECJ 21 December 2021, *Gtflifx*, cit., para 41.

⁸³ *ibidem*.

⁸⁴ *ibidem*, para 42.

⁸⁵ ECJ 7 March 1995, *Shevill*, cit., paras 33 and operative part (1); ECJ 25 October 2011, *eDate Advertising and Martinez*, cit., para 52 and operative part (1).

the ground that the place of the publisher's establishment was «where the harmful event originated and from which the libel was issued and put into circulation».⁸⁶

31. Regarding the notion of “publisher”, the ECJ treats it as a factual concept to designate the person or entity that, regardless of the medium used, has adopted and implemented the decision to make the harmful content available to third parties.⁸⁷ This approach reflects the circumstances of *Shevill* and *eDate*. Indeed, in both cases, the victims brought proceedings against the legal entity within whose organisation the decision to disseminate the harmful content was taken. However, depending on the circumstances, the victim may choose to bring proceedings against any other person involved at any stage of the chain of acts that ultimately led to the dissemination of the controversial content. For instance, the plaintiff might, for strategic reasons, choose to sue the author of the content rather than the person with editorial responsibility. In the online environment, where the dissemination of information is virtually open to anyone⁸⁸, often in the absence of editorial control, the plaintiff may choose to bring proceedings against the entity that provides the technical means to enable the dissemination of the relevant information on the Internet (the so-called “intermediaries”)⁸⁹, rather than against the author or the publisher of the information. For the sake of proximity, the relevant “establishment” under the *forum actus* should be the establishment of the person whose liability is engaged in the specific dispute, whether it is the person that decided to make the controversial content available to third parties or any other person involved in the chain of acts leading to the dissemination of that content.⁹⁰

32. Against this background, it is evident that the ECJ has localised the causal event in personality rights disputes primarily by reference to the tortfeasor's physical location (i.e., their place of establishment), rather than to the tortfeasor's conduct.⁹¹ This choice reflects the intention to promote predictability in the allocation of jurisdiction.⁹² In practice, identifying the causal act which, consistently with the general case law on the *forum actus*, lies at the “origin” of the causal chain and directly causes harm is often difficult, as personality torts are notoriously characterised by complex causal chains.⁹³ Moreover, selecting the original causal act requires an assessment of the specific causal chain in question, making the determination of the competent court highly case-dependent. By contrast, focusing on the tortfeasor's physical location, irrespective of the characteristics of the specific causal chain, provides a durable interpretation of the causal event applicable across a wide range of personality rights disputes.

33. Still, interpreting the *locus actus* by reference to the tortfeasor's physical location risks promoting convergence between the *forum actus* and the *forum rei*. Indeed, the “publisher's place of establishment” has been criticised on the ground that this place often coincides with the defendant's domicile.⁹⁴ Yet the two grounds of jurisdiction are not identical, and important differences remain. First, having regard to the ECJ's neutral construction of the *forum delicti*, the jurisdictional ground of the “publisher's place of establishment” can be invoked by the tortfeasor for negative declaratory actions. This allows the tortfeasor to bring proceedings before the courts of their establishment, which will often

⁸⁶ *ibidem*, para 24.

⁸⁷ O. FERACI, “Diffamazione internazionale a mezzo internet: quale foro competente? Alcune considerazioni sulla sentenza eDate”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 95, no. 2, 2012, p. 466.

⁸⁸ This is the «low threshold information distribution capacity» of the Internet; see D. J. B. SVANTESSON, *Private International Law and the Internet*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2021, pp. 109-110.

⁸⁹ Indeed, suing intermediaries is often easier and more convenient for victims of illegal online activities than pursuing primary infringers. See, e.g., J. HÖRNLE, *Internet Jurisdiction Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2021, pp. 34-35.

⁹⁰ cfr. S. BRACHOTTE and A. NUYTS, “Jurisdiction over Cyber Torts under the Brussels I Regulation”, in A. SAVIN and J. TRZASKOWSKI (eds.), *Research Handbook on EU Internet Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2014, p. 238; T. LUTZI, *Private International Law Online: Internet Regulation and Civil Liability in the EU*, Oxford, Oxford University Press, 2020, p. 79.

⁹¹ BRACHOTTE and NUYTS, cit., p. 79.

⁹² DE MIGUEL ASENSIO, cit., p. 1021.

⁹³ MONICO, cit., p. 197.

⁹⁴ See, e.g., J. VON HEIN, “Protecting Victims of Cross-Border Torts”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XVI, 2014/2015, pp. 271-272; HARTLEY, “Jurisdiction”, cit., p. 999; DE MIGUEL ASENSIO, cit., p. 1021.

coincide with their home State, whereas a comparable option is normally unavailable under the *forum rei*.⁹⁵ Moreover, for systematic reasons and in order to preserve the *effet utile* of the *forum delicti*, the notion of “establishment” in *Shevill* and *eDate* should be interpreted more broadly than “domicile”. The most obvious point of reference is the ECJ’s case law on freedom of establishment under the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU).⁹⁶ A natural person may thus be deemed “established” in a Member State if they participate, on a stable and continuous basis, in the economic and social life of that State.⁹⁷ A legal person is “established” where it conducts an economic activity on a stable basis through a fixed place of business, either as a primary establishment (domicile) or as a secondary one (agency, branch, or other establishment).⁹⁸

34. Should it, in any event, be accepted that the tortfeasor’s conduct is entirely irrelevant under the jurisdictional ground of the publisher’s place of establishment? The case law is admittedly ambiguous on the role of the tortfeasor’s conduct in the jurisdictional analysis. The operative parts of the judgments on *Shevill* and *eDate* strictly localise the *locus actus* at the publisher’s place of establishment. However, in the motivation of *Shevill*, the ECJ justified the jurisdiction at the publisher’s place of establishment on the ground that this was where the original act of the causal chain occurred – namely, where «the libel was issued and put into circulation».⁹⁹ A similar approach is adopted by the ECJ in cases concerning online infringement of intellectual property rights.¹⁰⁰

35. The ambiguity of the case law leaves room for five alternative constructions regarding the role of the tortfeasor’s conduct in the jurisdictional analysis based on the *locus actus* in personality rights disputes.

36. According to a first possible construction, the causal event is to be localised exclusively on the basis of the tortfeasor’s physical location (i.e., their place of establishment), with no regard for the tortfeasor’s conduct.¹⁰¹ As anticipated above, this construction promotes predictability. It also facilitates access to justice for victims, as the place of action usually falls within the tortfeasor’s organisational sphere and may be unknown to the victim.¹⁰² However, it may lead to a multiplication of competent courts whenever the tortfeasor has multiple establishments in several Member States. Furthermore, as regards proximity, this construction is based on the assumption that the tortfeasor will typically have committed the causal act where they are established. While this assumption may hold true in most cases, it will not in all. If the *locus actus* is determined solely by reference to the tortfeasor’s place of establishment, a court situated at that place may be deemed competent even when the wrongful act was committed elsewhere. This would contradict the settled ECJ case law, according to which, for the sake of proximity, jurisdiction based on the *locus actus* may be established only when the tortfeasor has acted within the jurisdiction of the court seised.¹⁰³

⁹⁵ S. MARINO, “Nuovi sviluppi in materia di illecito extracontrattuale online”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 48, no. 4, 2012, p. 889.

⁹⁶ Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union (2016) OJ C202/1, arts 49-55. See, e.g., E. MÁRTON, *Violations of Personality Rights Through the Internet: Jurisdictional Issues Under European Law*, Baden-Baden, Nomos, 2016, pp. 159-161; T. LUTZI, “Internet Cases in EU Private International Law – Developing a Coherent Approach”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 66, 2017, p. 687, pp. 709-710; L. LUNDSTEDT, “International Jurisdiction over Cross-Border Private Enforcement Actions under the GDPR”, *Stockholm Faculty of Law Research Paper Series*, no. 57, 2018, pp. 235-236.

⁹⁷ cfr. ECJ 21 June 1974, *Jean Reyners v Belgian State*, Case 2/74, ECLI:EU:C:1974:68, para 21.

⁹⁸ cfr. ECJ 25 July 1991, *The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd and Others*, Case C-221/89, ECLI:EU:C:1991:320, para 20.

⁹⁹ ECJ 7 March 1995, *Shevill*, cit., para 24.

¹⁰⁰ ECJ 19 April 2012, *Wintersteiger AG v Products 4U Sondermaschinenbau GmbH*, Case C-523/10, ECLI:EU:C:2012:220, paras 34-39 and the operative part; ECJ 22 January 2015, *Pez Hejduk v EnergieAgentur.NRW GmbH*, Case C-441/13, ECLI:EU:C:2015:28, paras 24-25.

¹⁰¹ See, to this effect, BRACHOTTE and NUYTS, cit., p. 235.

¹⁰² CARRASCOA GONZÁLEZ, “The Internet”, cit., p. 330; MÁRTON, cit., pp. 241-242.

¹⁰³ cfr. ECJ 16 May 2013, *Melzer v MF Global UK Ltd*, Case C-228/11, ECLI:EU:C:2013:305, paras 27-30; ECJ 3 April 2014, *Hi Hotel HCF SARL v Uwe Spoering*, Case C-387/12, ECLI:EU:C:2014:215, para 32; ECJ 5 June 2014, *Coty Germany*

37. According to the second (opposite) construction, the causal event should be localised solely by reference to the tortfeasor's conduct. In turn, the jurisdiction of the courts of the tortfeasor's establishment would be a mere incidental consequence of the fact that the tortious conduct was actually performed there. This construction strives to emancipate the *forum actus* from the *forum rei* on grounds of proximity. If the causal act is properly defined, the court located where the causal act occurred will have a strong basis to ascertain liability. Yet this approach leaves the interpreter with the difficult task of identifying the relevant causal act for jurisdictional purposes.

38. In addition of being a case-dependent exercise, the search for the proper causal act in personality rights disputes is complicated by the difficulties in balancing proximity and predictability. In the context of defamation, this is well illustrated by the ambiguity maintained by the ECJ in *Shevill*, where it referred to the fact that the «libel was issued and put into circulation» at the publisher's establishment. This expression may encompass at least four acts: (i) the creation of the defamatory content (e.g., writing); (ii) the adoption of the final decision to publish it (e.g., by the competent editorial office); (iii) printing; (iv) the initiation of the distribution process (e.g., dispatching).¹⁰⁴ The decision to publish – possibly in combination with printing and dispatching – may be regarded the “original” act of the causal chain, since only through such actions does the defamatory article come into existence for the public.¹⁰⁵ It also ensures a reasonable degree of proximity, as the place where the decision to publish is adopted is where the defamatory article was subject to editorial evaluation.¹⁰⁶ Moreover, this location is often easily ascertainable, as it typically coincides with the location of the competent editorial office.¹⁰⁷ By contrast, the creation of the content may be considered a preparatory act and, as such, irrelevant for jurisdiction. Moreover, the process of creating the content may have lasted for a long time, occurred in multiple locations, and be known only by the author. Still, where this process is concentrated in a specific territory, the courts of that place may have a close connection to the dispute, as all the evidence concerning the sources used to prepare the content is likely to be found there.¹⁰⁸

39. The uncertainties in selecting the proper causal act are even more pronounced in cases of online defamation. To determine the *locus actus* for cyber torts, the ECJ has appropriately refused, for the sake of predictability, to give significance to the location of the web server hosting the content.¹⁰⁹ The case law suggests that two acts should be cumulatively considered when determining the *locus actus* for cyber torts: the decision to upload the content online and the act of uploading itself.¹¹⁰ The former should arguably carry greater weight for jurisdictional purposes. Uploading merely executes a prior decision to that effect. In any event, the act of uploading is not, in itself, a particularly reliable connecting factor. Indeed, uploading may occur, at the tortfeasor's discretion, wherever an Internet connection is available, even in wholly fortuitous locations (e.g., while travelling).¹¹¹ By contrast, the decision to upload may be a reliable factor when the defamatory content is disseminated by a professional media outlet. In such cases, as with the press, the place where the decision to upload is taken corresponds to the place where the defamatory article was subject to editorial evaluation. In turn, this will normally coincide with the media outlet's headquarters, which is generally easy to identify. However, when the decision to upload is taken by an “ordinary” individual acting in a private capacity, for example on social media, this connecting factor loses much of its reliability. In such cases, the decision no longer reflects an external editorial evaluation but only the author's subjective conviction that the content deserves to be published online. Moreover, the place of the decision to upload may be entirely fortuitous and known only to the author. Overall, both

GmbH v First Note Perfumes NV, Case C-360/12, ECLI:EU:C:2014:1318, paras 49-51.

¹⁰⁴ cfr. MÁRTON, cit., pp. 156-157; HARTLEY, “Jurisdiction”, cit., pp. 999-1000.

¹⁰⁵ MÁRTON, cit., p. 241; CARRASCOSA GONZÁLEZ, “The Internet”, cit., p. 339.

¹⁰⁶ MÁRTON, cit., p. 241.

¹⁰⁷ *ibidem*.

¹⁰⁸ *ibidem*, p. 242.

¹⁰⁹ ECJ 19 April 2012, *Wintersteiger*, cit., para 36.

¹¹⁰ cfr. *ibidem*, paras 34-37; ECJ 22 January 2015, *Hejduk*, cit., paras 24-25; DE MIGUEL ASENSIO, cit., p. 1021.

¹¹¹ MÁRTON, cit., pp. 244-245; LUTZI, *Private International Law*, cit., p. 157.

the decision to upload and the act of uploading should therefore be treated with caution for jurisdictional purposes. Their relevance as the *locus actus* should be evaluated in light of the circumstances of the dispute, particularly in cases of online publications by private individuals. Where the reliability of these two factors diminishes, greater weight may be accorded to others, such as the creation of the content.

40. A third possible reconstruction of the case law is to treat the tortfeasor's establishment and the causal act as cumulative connecting factors, both of which must be satisfied to establish jurisdiction.¹¹² Conversely, an alternative reconstruction is to treat the tortfeasor's establishment and the causal act as independent jurisdictional grounds, thereby enabling the plaintiff to bring proceedings in either forum.¹¹³ Both approaches are, however, difficult to reconcile with procedural proximity, particularly where the causal act occurred outside the tortfeasor's establishment. In such cases, the first reconstruction would exclude the jurisdiction of the courts where the causal act occurred, while the second would confer jurisdiction on the courts of the tortfeasor's establishment even if no act was committed there.

41. The last possible reconstruction – and, arguably, the most balanced one – is to read the ECJ's case law as establishing a rebuttable presumption that the causal act took place at the tortfeasor's establishment, unless proof to the contrary is provided.¹¹⁴ This reading aligns with the case law's primary emphasis on the tortfeasor's establishment, while recognising that the ECJ justified jurisdiction there on the ground that it was the place of the causal act. The proposed approach thus seeks to reconcile predictability with proximity. On the one hand, for the sake of predictability, jurisdiction based on the *locus actus* is, as a rule, concentrated in the tortfeasor's place of establishment. On the other hand, to safeguard proximity, the court of the tortfeasor's establishment shall decline jurisdiction if the evidence available at the jurisdictional stage indicates that the causal act did not occur there. In the same vein, proximity also justifies giving the plaintiff the option to bring proceedings before a court other than that of the tortfeasor's establishment. In such cases, the plaintiff must provide reasonably convincing evidence to rebut the presumption in favour of the tortfeasor's establishment and to show that the causal act occurred within the jurisdiction of the chosen court.

2. The “Mosaic” Jurisdiction in Personality Rights Disputes

A) Connecting Factors: Distribution, Injury to Reputation, and Accessibility

42. In *Shevill*, the ECJ established that, in case of press defamation, a damage occurs in each Member State «in which the publication was distributed and where the victim claims to have suffered injury to his reputation».¹¹⁵ Hence, the *locus damni* has been apparently defined by reference to two cumulative connecting factors: “distribution” and “injury to reputation”.

43. As regards “distribution”, there is no *de minimis* rule. The distribution of even a few copies of the defamatory content in the forum State suffices to establish jurisdiction.¹¹⁶ It is not required that the content has been read in the forum.¹¹⁷ At the same time, “distribution” occurs only where the publisher intentionally distributes the defamatory material in the forum. The mere circulation of the defamatory content in the forum, beyond the publisher's own will, is not sufficient.¹¹⁸

¹¹² MÁRTON, cit., p. 245.

¹¹³ J. OSTER, “Rethinking Shevill. Conceptualising the EU Private International Law of Internet Torts against Personality Rights”, *International Review of Law, Computers & Technology*, vol. 26, nos. 2-3, 2012, p. 115.

¹¹⁴ cfr. J. KRAMBERGER ŠKERL, “Jurisdiction in On-line Defamation and Violations of Privacy: In Search of a Right Balance”, *LeXonomica*, vol. 9, no. 2, 2017, p. 95.

¹¹⁵ ECJ 7 March 1995, *Shevill*, cit., operative part (1).

¹¹⁶ CARRASCOA GONZÁLEZ, “The Internet”, cit., p. 345; MÁRTON, cit., p. 213.

¹¹⁷ MÁRTON, cit., p. 165.

¹¹⁸ J.-J. KUIPERS, “Joined Cases C-509/09 and C-161/10, eDate Advertising v X and Olivier Martinez and Robert Martinez

44. As regards “injury to reputation”, *Shevill* remained ambiguous on whether the plaintiff’s enjoyment of reputation in the country of distribution should be subject to proof at the jurisdictional stage. At paragraph 29 of the judgment it is stated that «the injury ... occurs in the places where the publication is distributed, *when the victim is known in those places*» (emphasis added). However, subsequent paragraphs (30-31 and 33) and the operative part only require that «the victim *claims* to have suffered injury to his reputation» (emphasis added). While some authors consider the criterion of “injury to reputation” a constitutive element of the jurisdictional test outlined in *Shevill*¹¹⁹, others argue that distribution suffices to establish jurisdiction¹²⁰. Admittedly, the criterion of “injury to reputation” raises problems in different respects. It fails to address the specific features of personality rights other than the right to reputation, most notably the right to privacy.¹²¹ Moreover, it may lead to unjust results also for defamation, as a person who was not previously known in a given country could acquire a negative reputation precisely because the defamatory content was distributed there.¹²²

45. Since *eDate*, in case of online infringements of personality rights, the ECJ revised the “mosaic” jurisdiction twice. It has not required the victim to “be known” in the forum State and has translated the “distribution” of printed materials into the “accessibility” of online content. This latter solution has attracted severe criticism. First, compared to the uploading of online content, the distribution of printed materials offers a much clearer indicator that the defendant is actively directing their tortious activity towards the forum State.¹²³ More generally, the “accessibility” criterion reflects an outdated conception that sits uneasily with today’s socio-economic and technological reality. In the early years of the Internet, “accessibility” was defended on the premise that those who publish online do so knowing the medium’s global reach, and must therefore accept the risk of worldwide jurisdiction.¹²⁴ This conception underestimates that today’s online environment – particularly with the rise of social networks – is largely populated by small publishers and individual users who disseminate content typically directed at specific audiences, such as local communities or circles of friends.¹²⁵ Moreover, as the Internet has become a mass medium, going online is no longer a deliberate attempt to reach the wide world, but the routine way to communicate with others.¹²⁶ In any case, by giving full effect to the Internet’s ubiquity, “accessibility” subjects online actors to excessively broad and conflicting jurisdictional claims, undermining international comity, socio-economic and technological development, and free speech.¹²⁷

46. From the perspective of the principles underlying the *forum delicti*, the “distribution” criterion upheld in *Shevill* was already criticised for conferring overly broad forum shopping opportunities and hence for promoting “libel tourism”.¹²⁸ This critique has intensified exponentially in relation to “accessibility” criterion. In light of the Internet’s ubiquity, online content is considered universally accessible, so that victims may bring proceedings in all 27 EU Member States.¹²⁹ It is true that geolocation technologies

v MGN Limited, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 25 October 2011”, *Common Market Law Review*, vol. 49, no. 3, 2012, p. 1220.

¹¹⁹ e.g., *ibidem*, p. 1220; MANKOWSKI, cit., p. 304.

¹²⁰ C. I. NAGY, “The Word is a Dangerous Weapon: Jurisdiction, Applicable Law and Personality Rights in EU Law – Missed and New Opportunities”, *Journal of Private International Law*, vol. 8, no. 2, 2012, p. 251, pp. 258-259; D. VRBLJANAC, “Jurisdiction for Online Personality Rights Violations after the Judgment Bolagsupplysningen”, *Zeitschrift für Europarechtliche Studien - ZEuS*, vol. 21, no. 2, 2018, p. 168.

¹²¹ MÁRTON, cit., p. 260.

¹²² CARRASCOSA GONZÁLEZ, “The Internet”, cit., pp. 352-353; SVANTESSON, *Private International Law*, cit., p. 459.

¹²³ KUIPERS, “Joined Cases”, cit., p. 1222; OSTER, cit., p. 116; CARRASCOSA GONZÁLEZ, “The Internet”, cit., p. 345.

¹²⁴ cfr., most notably, High Court of Australia, 10 December 2002, *Dow Jones & Company Inc v Gutnick*, [2002] HCA 56.

¹²⁵ M. REYMOND, “The ECJ *eDate* Decision: A Case Comment”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XIII, 2011/2012, p. 497.

¹²⁶ LUTZI, *Private International Law*, cit., p. 141.

¹²⁷ M. TRIMBLE, “Targeting Factors and Conflict of Laws on the Internet”, *Review of Litigation*, vol. 40, no. 1, 2020, p. 4.

¹²⁸ e.g., C. FORSYTH, “Defamation under the Brussels Convention: A Forum Shopper’s Charter?”, *The Cambridge Law Journal*, vol. 54, no. 3, 1995, p. 516.

¹²⁹ e.g., NAGY, cit., p. 296; KUIPERS, “Joined Cases”, cit., p. 1222; OSTER, cit., p. 116; LUTZI, *Private International Law*, cit., p. 79.

can restrict access to online content from specific locations.¹³⁰ However, even the most advanced geolocation technologies do not fully eliminate the possibility of accessing online content.¹³¹ For its part, the ECJ has progressively construed “accessibility” as a connecting factor that must be promptly available in each individual case. Indeed, according to the Court, the number of access from the forum, few or many, is irrelevant.¹³² Moreover, the Court has made clear that the victim «must always» be entitled to rely on “mosaic” jurisdiction, and that national courts cannot impose «additional conditions» beyond the mere accessibility of the harmful content in the forum.¹³³ In this way, the case law has arguably eroded any scope for a more contextual assessment of “accessibility” in light of geolocation technologies.

47. Overall, the ECJ’s reliance on “accessibility” appears informed by the concern to enable national courts to readily decide on jurisdiction, ensure effective access to justice for victims, and preserve the *effet utile* of the *forum delicti*.¹³⁴ Yet this criterion is ill-suited to promoting procedural proximity, since the “accessibility” of online content is a very tenuous indicator that such content may cause damage in the forum.¹³⁵ It rests on an overly broad interpretation of the *forum damni*, under which all Member State courts are deemed to have a close connection to the harm arising from the same content.¹³⁶ Predictability for defendants is disregarded, as they may be sued in up to 27 Member States, at the plaintiff’s discretion, including in the latter’s home State.¹³⁷ This can hardly be seen as achieving parity of arms between the litigants. Rather than justifying jurisdictional solutions that favour one party, the Internet underscores the need for a balanced jurisdictional approach in personality rights disputes.¹³⁸ While the Internet undoubtedly poses a high risk to personality rights, it has also played an unprecedented role in enhancing public access to information and freedom of expression. Moreover, it has democratised communication by enabling virtually anyone to disseminate information to the broader public, with the result that, in personality rights disputes, victims and perpetrators may often have comparable strength and resources.¹³⁹

B) The “Mosaic” Approach in Personality Rights Disputes

48. Starting with *Shevill* and *eDate*, the ECJ ruled that jurisdiction based on the “distribution” or “accessibility” of harmful content extends only to the damage suffered within the forum State. Since *Shevill*, the “mosaic” approach has been justified by reference to two arguments.

49. First, it was argued that the courts at the place of the damage are procedurally best placed to assess only the existence and extent of damage occurring within their own Member State.¹⁴⁰ This

¹³⁰ See further SVANTESSON, *Private International Law*, cit., pp. 515-566.

¹³¹ *ibidem*, p. 530.

¹³² ECJ 25 October 2011, *eDate Advertising and Martinez*, cit., para 46; cfr. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “The Internet”, cit., pp. 345-346.

¹³³ ECJ 21 December 2021, *Gfllix*, cit., para 42.

¹³⁴ cfr. DE MIGUEL ASENSIO, cit., p. 1030; D. J. B. SVANTESSON and I. REVOLIDIS, “From eDate to Gfllix: Reflections on CJEU Case Law on Digital Torts under Art. 7(2) of the Brussels Ia Regulation, and How to Move Forward”, in P. ARVANITAKIS (ed.), *National and International Legal Space – The Contribution of Prof. Konstantinos Kerameus in International Civil Procedure*, Athens, Sakkoulas Publications, 2022, p. 334.

¹³⁵ M. BOGDAN, “Website Accessibility as Basis for Jurisdiction under the Brussels I Regulation”, *Masaryk University Journal of Law and Technology*, vol. 5, no. 1, 2011, p. 4.

¹³⁶ NAGY, cit., pp. 269-270; LUTZI, “Internet cases”, cit., p. 693.

¹³⁷ REYMOND, “The ECJ eDate decision”, cit., p. 502; CARRASCOSA GONZÁLEZ, “The Internet”, cit., p. 351; VRBLJANAC, cit., pp. 176-177.

¹³⁸ J. J. FAWCETT, M. NÍ SHÚILLEABHÁIN and S. SHAH, *Human Rights and Private International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 507; SYMEONIDES, cit., pp. 147-148; D. J. B. SVANTESSON and S. C. SYMEONIDES, “Cross-Border Internet Defamation Conflicts and What to Do about Them: Two Proposals”, *Journal of Private International Law*, vol. 19, no. 2, 2023, p. 141.

¹³⁹ J. VON HEIN, “Determining Jurisdiction for Violations of Personality Rights and Data Protection Rules”, in *Beni e valori comuni nelle dimensioni internazionale e sovranazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, pp. 336-337.

¹⁴⁰ ECJ 7 March 1995, *Shevill*, cit., paras 30-31; cfr. Opinion of AG Darmon on *Shevill*, cit., para 62; Opinion of AG Léger on *Shevill*, cit., para 55.

restrictive reading of procedural proximity disregards another objective of the Brussels I regime: the harmonious administration of justice.¹⁴¹ In practice, different “mosaic” proceedings are all concerned with the harm caused by a single tortious conduct, that is the dissemination of the same harmful content across different Member States. Therefore, the “mosaic” approach fictitiously fragments liability along national borders and allocates jurisdiction accordingly.¹⁴²

50. The multiplication of competent courts and the fragmentation of litigation resulting from the “mosaic” approach cannot be effectively contained by the mechanisms of the Brussels Ibis Regulation designed to prevent irreconcilable judgments.¹⁴³ Where the plaintiff brings parallel “mosaic” proceedings in different Member States, courts subsequently seised are not obliged to stay proceedings under Article 29 on *lis pendens*, since such proceedings concern different portions of the overall harm and therefore do not share the «same cause of action». ¹⁴⁴ These proceedings would normally qualify as «related» pursuant to Article 30(3). Accordingly, a court subsequently seised may, at its discretion, stay proceedings under Article 30(1). It cannot, however, decline jurisdiction in favour of the court first seised under Article 30(2), because the latter has no jurisdiction over the harm occurring in the Member State of the court subsequently seised.¹⁴⁵ Moreover, when parallel “mosaic” proceedings reach different outcomes on the local parts of the damage, the respective judgments cannot be deemed «incompatible» and recognition or enforcement cannot therefore be refused under Article 45(1)(c)-(d).¹⁴⁶

51. The second argument invoked in *Shevill* to justify the “mosaic” approach was the need to discourage the risk of forum shopping arising under the “distribution” criterion.¹⁴⁷ The logic is that this approach compels the plaintiff to bring proceedings in each Member State where a damage occurred in order to recover the different national portions of the entire damage suffered, thereby preventing him from obtaining compensation for the entire damage through a single action in the most convenient forum.¹⁴⁸

52. This idea assumes that harm to personality can be apportioned and quantified on a territorial basis with ease and mathematical precision. In practice, however, territorial apportionment of such harm has proved ineffective and difficult for national courts to apply.¹⁴⁹ The infringement of personality rights typically causes non-pecuniary harm and determining monetary compensation for non-pecuniary harm is inherently complex.¹⁵⁰ Additionally requiring national courts to apportion harm to personality along national borders in cross-border cases further aggravates this difficulty and makes the quantification of damages highly volatile. In addition, since the laws of Member States provide different rules for damage quantification in civil matters, the amount of damage corresponding to each national portion of the entire

¹⁴¹ Recital 21 of the Brussels Ibis Regulation.

¹⁴² MÁRTON, cit., p. 192.

¹⁴³ T. LUTZI, “Shevill Is Dead, Long Live Shevill!”, *Law Quarterly Review*, vol. 134, 2018, p. 212.

¹⁴⁴ NAGY, cit., pp. 272-273; LUTZI, *Private International Law*, cit., p. 105; F. MARONGIU BUONAIUTI, “Jurisdiction Concerning Actions by a Legal Person for Disparaging Statements on the Internet: The Persistence of the Mosaic Approach”, *European Papers*, vol. 7, no. 1, 2022, p. 355.

¹⁴⁵ LUTZI, *Private International Law*, cit., p. 106; MARONGIU BUONAIUTI, cit., p. 306.

¹⁴⁶ NAGY, cit., pp. 272-273; MONICO, cit., p. 219.

¹⁴⁷ cfr. Opinion of AG Darmon on *Shevill*, cit., para 79; Opinion of AG Léger on *Shevill*, cit., para 56-57.

¹⁴⁸ cfr. NAGY, cit., p. 271; LUTZI, “Internet cases”, cit., p. 691; MANKOWSKI, cit., pp. 279-280.

¹⁴⁹ B. HESS, T. PFEIFFER and P. SCHLOSSER, *Report on the Application of the Regulation Brussels I in the Member States*, Study JLS/C4/2005/03 (“Heidelberg Report”), Heidelberg, 2007, pp. 99-100; Milieu Consulting, *Study to Support the Preparation of a Report on the Application of Regulation (EU) No 1215/2012 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Brussels Ia Regulation)*, Brussels, 2023, p. 120; See in literature, e.g., B. HESS, “The Protection of Privacy in the Case Law of the CJEU”, in B. HESS and C. M. MARIOTTINI (eds.), *Protecting Privacy in Private International and Procedural Law and by Data Protection*, Baden-Baden, Nomos, 2015, p. 106; MÁRTON, cit., p. 177; LUTZI, “Internet cases”, cit., p. 693; KRAMBERGER ŠKERL, cit., p. 97.

¹⁵⁰ F. S. GIAOUI, “Damage to Reputation: A Comparative Analysis of Pecuniary Compensation for Non-Pecuniary Harm”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 46, 2023, p. 6.

harm varies significantly depending on the applicable law.¹⁵¹ Moreover, apportioning the harm along national borders clashes with the fundamental ubiquity of the Internet.¹⁵²

53. With regard to online violations, the ECJ sought to address the difficulties of apportioning harm along national borders by restricting the jurisdiction of mosaic courts only to territorially “divisible” remedies, such as compensation, while excluding their competence to grant “indivisible” remedies, such as injunctions. Yet the distinction between “divisible” and “indivisible” remedies remains to some extent unclear, as it rests on relatively weak assumptions.¹⁵³ For divisible remedies, the ECJ in *Gtflifx* argued that national courts are «perfectly capable» of measuring the harm occurring within the forum State.¹⁵⁴ In this way, the ECJ suggests that, in order to quantify such harm, national courts must rely on data about the location of Internet users and the number of times the harmful content has been accessed in the forum.¹⁵⁵ However, this contradicts the Court’s own indication in the same judgment that “mosaic” jurisdiction cannot depend on «additional conditions» than mere accessibility.¹⁵⁶ For indivisible remedies, the assumption that rectification and removal of online content is necessarily “single and indivisible” overlooks the widespread availability and use of geolocation technologies. In principle, geolocation technologies make it technically feasible to restrict access and to rectify or remove online content for users from specific locations.¹⁵⁷

54. Above all, the “mosaic” jurisdiction has been criticised for enabling alleged victims to harass defendants through multiple proceedings, each with a different object, in numerous fora, thereby undermining free speech within the EU.¹⁵⁸ In this connection, it has been observed that it creates fertile ground for abusive litigation, including “strategic lawsuits against public participation” (so-called “SLAPP”).¹⁵⁹ The preamble of the so-called “Anti-SLAPP Directive” accordingly highlights that any future review of the Brussels Ibis Regulation should assess the implications of jurisdictional rules for SLAPP.¹⁶⁰ Against this background, it is submitted that any future reform of the *forum delicti* should not result in a double-track jurisdictional system that differentiates between “ordinary” personality rights claims and those covered by the Anti-SLAPP Directive. On one hand, establishing such a system would compel the national courts to assess, as a precondition for asserting jurisdiction, whether the claims fall within the scope of the Anti-SLAPP Directive, adding complexity and uncertainty at the jurisdictional stage.¹⁶¹ On the other hand, the exceptional gravity of SLAPP should be addressed through tailored

¹⁵¹ T. C. HARTLEY, “‘Libel Tourism’ and Conflict of Laws”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 59, 2010, pp. 31-32; CARRASCOSA GONZÁLEZ, “The Internet”, cit., pp. 289-290; LUTZI, “Internet cases”, cit., p. 693.

¹⁵² e.g., HESS, “The Protection of Privacy”, cit., p. 106; MÁRTON, cit., pp. 177-78; LUTZI, “Internet cases”, cit., p. 693.

¹⁵³ LUTZI, “Shevill is dead”, cit., pp. 211-212; DE MIGUEL ASENSIO, cit., p. 1028; L. LUNDSTEDT, “*Gtflifx Tv v DR: ‘Same Ole Same Ole’ or Has the CJEU Broken New Ground?*”, *Stockholm Faculty of Law Research Paper Series*, no. 103, 2022, p. 260.

¹⁵⁴ ECJ 21 December 2021, *Gtflifx*, cit., para 38.

¹⁵⁵ DE MIGUEL ASENSIO, cit., p. 1028. cfr. Opinion of AG Hogan on *Gtflifx*, cit., footnote n 82.

¹⁵⁶ ECJ 21 December 2021, *Gtflifx*, cit., para 42.

¹⁵⁷ A. BIZER, “International Jurisdiction for Violations of Personality Rights on the Internet: *Bolagsupplysningen*”, *Common Market Law Review*, vol. 55, no. 6, 2018, p. 1949; M. BOGDAN, “Regulation Brussels Ia and Violations of Personality Rights on the Internet”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 87, no. 2, 2018, pp. 217-218; SVANTESSON and REVOLIDIS, cit., pp. 336-337.

¹⁵⁸ e.g., KUIPERS, “Joined Cases”, cit., p. 1222; REYMOND, “The ECJ eDate decision”, cit., pp. 502-503; VON HEIN, “Determining Jurisdiction”, cit., p. 339.

¹⁵⁹ J. BORG-BARTHET, “The Brussels Ia Regulation as an Instrument for the Undermining of Press Freedoms and the Rule of Law: An Urgent Call for Reform”, *Centre for Private International Law Working Paper Series (University of Aberdeen)*, no. 7, 2020, p. 19; J. BORG-BARTHET, B. LOBINA and M. ZABROCKA, “The Use of SLAPPs to Silence Journalists, NGOs and Civil Society”, *Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs, Directorate-General for Internal Policies, European Parliament*, Brussels, 2021; C. KOHLER, “Private International Law Aspects of the Commission’s Proposal for a Directive on SLAPPs (‘Strategic Lawsuits against Public Participation’)”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 58, no. 4, 2022, p. 822.

¹⁶⁰ Directive (EU) 2024/1069 of the European Parliament and of the Council of 11 April 2024 on protecting persons who engage in public participation from manifestly unfounded claims or abusive court proceedings (Strategic lawsuits against public participation), *OJ L* 2024/1069 of 16 April 2024, recital 51.

¹⁶¹ KOHLER, “Private international law”, cit., p. 825.

procedural safeguards against abusive civil proceedings, like the early dismissal and the imposition of deterrent measures, as envisaged by the Anti-SLAPP Directive. From the perspective of the rules of jurisdiction, forum shopping provides fertile ground for SLAPP.¹⁶² However, the broad forum shopping opportunities currently available under the *forum delicti*, especially with regard to the “mosaic” jurisdiction, sit uneasily *per se* with the Brussels I regime’s objectives of promoting legal certainty and consistent adjudication. Arguably, the need to curtail the “mosaic” jurisdiction extends beyond the SLAPP context and also encompasses “ordinary” personality rights claims.

55. In light of the concerns described above, a wide range of authors, academic associations, advocates general, and national stakeholders have stressed the need to abandon the “mosaic” jurisdiction for personality rights disputes.¹⁶³ As the ECJ has been committed to defending the continuity of its case law, an appropriate response can only come from the EU legislator. The forthcoming review of the Brussels I regime offers a meaningful opportunity to this end.

3. The Victim’s Centre of Interests

56. Since *eDate*, the ECJ has established that, in addition to the “mosaic” jurisdiction based on the accessibility of the harmful content in the forum, in case of personality rights infringements via the Internet, jurisdiction based on the *locus damni* shall be given, for «all the damage» caused, to the courts of the Member State where the alleged victim has their «centre of interests».¹⁶⁴

57. As the case law currently stands, the ECJ’s construction of the “victim’s centre of interests” presents three interrelated difficulties that affect the consistency and foreseeability of this head of jurisdiction.

58. First, the ECJ has endorsed considerable flexibility in defining the personal factors that inform the notion of the “victim’s centre of interests”.

59. As regards natural persons, since *eDate* the ECJ has used “habitual residence” as the starting point for determining the “victim’s centre of interests”.¹⁶⁵ According to the prevailing view,

¹⁶² B. HESS, “Strategic Litigation: A New Phenomenon in Dispute Resolution?”, *MPILux Research Paper Series*, no. 3, 2022, p. 20.

¹⁶³ KUIPERS, “Joined Cases”, cit., p. 1230; MARINO, “Nuovi sviluppi” cit., p. 892; OSTER, cit., p. 122; P. A. NIELSEN, “Libel Tourism: English and EU Private International Law”, *Journal of Private International Law*, vol. 9, no. 2, 2013, p. 279; HESS, “The Protection of Privacy”, cit., p. 106; MÁRTON, cit., p. 288; LUTZI, *Private International Law*, cit., p. 158; BIZER, cit., p. 1951; KRAMBERGER ŠKERL, cit., pp. 100-101; E. PRÉVOST *et al.*, “Study on Forms of Liability and Jurisdictional Issues in the Application of Civil and Administrative Defamation Laws in Council of Europe Member States”, *Council of Europe, Directorate General of Human Rights and Rule of Law (DGI(2019)04)*, Strasbourg, 2019, pp. 14-15; BORG-BARTHET, LOBINA and ZABROCKA, cit., p. 42; O. FERACI, “Digital Rights and Jurisdiction: The European Approach to Online Defamation and IPRs Infringements”, in E. CARPANELLI and N. LAZZERINI (eds.), *Use and Misuse of New Technologies: Contemporary Challenges in International and European Law*, Cham, Springer, 2019, p. 300; VON HEIN, “Determining Jurisdiction”, cit., pp. 344-345; A. S. DE SOUSA GONÇALVES, “International Jurisdiction in Cross-Border Infringement of Personality Rights”, *Masaryk University Journal of Law and Technology*, vol. 16, no. 2, 2022, pp. 139-140; B. HESS *et al.*, “The Reform of the Brussels Ibis Regulation – Academic Position Paper”, Vienna Research Paper 2024, p. 28; KOHLER, “Private international law”, cit., pp. 824-825; S. LINDROOS-HOVINHEIMO, “Jurisdiction and Personality Rights – In Which Member State Should Harmful Online Content Be Assessed?”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 29, no. 2, 2022, p. 214; MARONGIU BUONAIUTI, cit., pp. 357-360; MONICO, cit., pp. 335-336; Y. EL HAGE, “How to Locate a Cyber Tort?”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXIV, 2022/2023, p. 464; SYMEONIDES, cit., p. 149; J. von Hein and C. M. Mariottini, “The ‘Lisbon Guidelines on Privacy’ – A Path Forward for the Protection of Privacy in Private International and Procedural Law”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXIII, 2021/2022, pp. 112-113; Opinion of AG Bobek on *Bolagsupplysningen*, cit., paras 70-98; Opinion of AG Bobek, 23 February 2021, *Mittelbayerischer Verlag KG v SM*, Case C-800/19, ECLI:EU:C:2021:124, paras 31-32; Heidelberg Report, pp. 99-100; Milieu Consulting, cit., pp. 120-121.

¹⁶⁴ ECJ 25 October 2011, *eDate Advertising and Martinez*, cit., paras 48, 51-52; ECJ 17 October 2017, *Bolagsupplysningen*, cit., para 32; ECJ 17 June 2021, *Mittelbayerischer*, cit., para 32.

¹⁶⁵ ECJ 25 October 2011, *eDate Advertising and Martinez*, cit., para 49.

“habitual residence” should be preferred to “domicile” in personality rights disputes for three main reasons.¹⁶⁶ First, reliance on habitual residence reflects a broader trend away from domicile as a connecting factor in national, international and EU private international law, particularly in matters of personal status. Second, the factual notion of habitual residence better reflects the victim’s personal circumstances and thus ensures a close connection between the dispute and the forum, consistently with the *forum delicti*’s teleology. Third, habitual residence arguably offers greater legal certainty than domicile. While the Brussels Ibis Regulation does not provide a uniform EU-wide definition of domicile for natural persons, the ECJ case law offers quite extensive guidance on the habitual residence of natural persons. The Court generally defines “habitual residence” as the place where a person has their habitual centre of interests.¹⁶⁷ This must be determined on the basis of two elements: a sufficiently stable physical presence in the Member State concerned (objective element) and the person’s intention to establish the habitual centre of their interests there (subjective element), as evidenced by objective circumstances.¹⁶⁸ For children, “habitual residence” corresponds to the place that reflects some degree of integration by the child in a social and family environment.¹⁶⁹ For adults, habitual residence is determined by considering not only family interests but also the person’s professional, social, cultural, and patrimonial ties.¹⁷⁰

60. In the *eDate* line of case law, the ECJ’s reliance on habitual residence is based on the reasonable assumption that this is the place where the person’s reputation and personality are most firmly established and, therefore, where the damage caused by an online infringement of personality rights is, in principle, felt “most significantly” for the purposes of Article 7(2) of the Brussels Ibis Regulation.¹⁷¹ However, the ECJ further held that a natural person may have their centre of interests «in a Member State where he does not habitually reside, in so far as other factors, such as the pursuit of a professional activity, may establish the existence of a particularly close link with that State».¹⁷² As shown by the reference to the «pursuit of a professional activity», the «other factors» mentioned by the ECJ may encompass the same personal elements informing the notion of “habitual residence”.¹⁷³ However, the degree of connection with a given State required to establish a person’s “centre of interests” may be lower than that required for habitual residence.¹⁷⁴

¹⁶⁶ cfr. REYMOND, “The ECJ *eDate* decision”, cit., p. 499 ; MÁRTON, cit., pp. 109-110 and 273; MONICO, cit., p. 260. See, however, VRBLJANAC, cit., pp. 173-175, who argues that the formal and legal concept of “domicile” is more suitable than the factual concept of “habitual residence” for jurisdictional matters, as demonstrated by the fact that the Brussels Ibis Regulation refers to habitual residence only in exceptional cases (cfr. arts. 15(3) and 19(3)).

¹⁶⁷ See, e.g., ECJ 15 September 1994, *Pedro Magdalena Fernández v Commission of the European Communities*, Case C-452/93 P, ECLI:EU:C:1994:332, para 22; ECJ 17 February 1977, *Silvana di Paolo v Office national de l’emploi*, Case 76/76, ECLI:EU:C:1977:32, para 17; ECJ 22 December 2010, *Barbara Mercredi v Richard Chaffé*, Case C-497/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:829, para 51; ECJ 16 July 2020, *E.E.*, Case C-80/19, ECLI:EU:C:2020:569, paras 37-39; ECJ 25 November 2021, *IB v FA*, Case C-289/20, ECLI:EU:C:2021:955, para 41; ECJ 1 August 2022, *MPA v LCDNMT*, Case C-501/20, ECLI:EU:C:2022:619, para 44. See also A. BORRÁS, *Explanatory Report on the Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters*, OJ C 221 of 16 July 1998, p. 38.

¹⁶⁸ ECJ 15 September 1994, *Fernández*, cit., para 22; ECJ 17 February 1977, *Silvana di Paolo*, cit., para 22; ECJ 22 December 2010, *Barbara Mercredi*, cit., para 51; ECJ 25 November 2021, *IB v FA*, cit., para 57; ECJ 1 August 2022, *MPA v LCDNMT*, cit., para 44; ECJ 20 March 2025, *DL v PQ*, Case C-61/24, ECLI:EU:C:2025:197, para 42.

¹⁶⁹ See, e.g., ECJ 22 December 2010, *Barbara Mercredi*, cit., para 47; ECJ 1 August 2022, *MPA v LCDNMT*, cit., para 72.

¹⁷⁰ ECJ 25 November 2021, *IB v FA*, cit., para 56.

¹⁷¹ cfr. ECJ 25 October 2011, *eDate Advertising and Martinez*, cit., para 48; ECJ 17 October 2017, *Bolagsupplysningen*, cit., para 33.

¹⁷² ECJ 25 October 2011, *eDate Advertising and Martinez*, cit., para 49.

¹⁷³ Márton, cit., pp. 273-274; S. MARINO, “La violazione dei diritti della personalità nella cooperazione giudiziaria civile europea”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 48, no. 2, 2012, p. 367. cfr. M. BOGDAN, “Defamation on the Internet, Forum Delicti and the e-Commerce Directive: Some Comments on the ECJ Judgment in the *eDate* Case”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XIII, 2011/2012, p. 486.

¹⁷⁴ This is confirmed by the reference in *eDate Advertising and Martinez* to the «pursuit of a professional activity» – rather than to the “main” or “principal” professional activity – and by the indication that this factor may also demonstrate a particularly close link with a Member State where the victim «does not habitually reside» (emphasis added). cfr. Márton, cit., pp. 273-274.

61. In light of the foregoing, occasional or purely ancillary personal contacts with a given State – such as the victim’s pursuit of minor professional activities – may suffice to establish that the victim’s “centre of interests” is located in that State. This flexible understanding of the “victim’s centre of interests” has the advantage of accommodating cases where it is difficult to identify a person’s habitual residence, for instance where the person leads a highly cross-border life or is an international celebrity.¹⁷⁵ However, this flexibility inevitably comes at the expense of legal certainty. It is difficult to reconcile such flexibility with the broad assumption made by the ECJ in *eDate* that «the publisher of harmful content is, at the time at which that content is placed online, in a position to know the centres of interests of the persons who are the subject of that content».¹⁷⁶ Moreover, the ECJ’s flexible interpretation of the “victim’s centre of interests” has led some to suggest that a person might simultaneously be regarded as having several centres of interests across different Member States, thereby creating a risk of a multiplication of competent courts.¹⁷⁷

62. As regards the “centre of interests” of a company, before the *Bolagsupplysningen* judgment, it was argued that a useful starting point could have been either the “place of registration” or the “place of central administration”.¹⁷⁸ Yet the ECJ opted for the «place where [the legal person] carries out the main part of its economic activities», a criterion that essentially corresponds to the third alternative connecting factor used by art. 63(1) of the Brussels Ibis Regulation for determining the «domicile» of legal persons – namely the «principal place of business».¹⁷⁹

63. While the criterion of the “main part of the economic activities” may pose practical difficulties for companies equally active in several Member States, it generally accords with the principle of procedural proximity¹⁸⁰. Since damage to a company’s reputation usually materialises in a loss of customers or market share, the place where such harm is most significantly felt is typically where the legal person has its largest customer base – that is, its principal place of business.¹⁸¹ Any potential harm felt at the place of incorporation or at the real seat is merely an indirect consequence of the harm primarily suffered on the affected market. Moreover, the place of incorporation or the real seat does not necessarily bear any relation to a company’s market reputation, as a company may register or establish its management system in one State – for example for tax or administrative reasons – without engaging in any economic activity there.¹⁸²

64. By analogy with the approach adopted for natural persons, the ECJ has likewise left open the possibility of assigning jurisdictional relevance to other personal factors for legal persons. The Court’s statement in *Bolagsupplysningen* that the place of the registered office is not, in itself, a «conclusive

¹⁷⁵ MARINO, “La violazione”, cit., p. 365; NAGY, cit., p. 271; CARRASCOSA GONZÁLEZ, “The Internet”, cit., pp. 364-366.

¹⁷⁶ A. DICKINSON, “By Royal Appointment: No Closer to an EU Private International Law Settlement?”, *Conflict of Laws .net*, 2012, available at: <https://conflictoflaws.net>; KUIPERS, “Joined Cases”, cit., p. 1221; MÁRTON, cit., pp. 273-274; LUTZI, “Internet cases”, cit., p. 695; MONICO, cit., p. 269.

¹⁷⁷ See, e.g., Opinion of AG Bobek on *Bolagsupplysningen*, cit., para 116; CARRASCOSA GONZÁLEZ, “The Internet”, cit., p. 365.

¹⁷⁸ MÁRTON, cit., p. 302. cfr. VRBLJANAC, cit., p. 172.

¹⁷⁹ ECJ 17 October 2017, *Bolagsupplysningen*, cit., para 41. See S. BRACHOTTE and A. NUYTS, “Jurisdiction over cyber torts under the Brussels I Bis Regulation”, in A. SAVIN and J. TRZASKOWSKI (eds), *Research Handbook on EU Internet Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2023, pp. 221-222. The criterion of the place where a legal person carries out the «main part of its economic activities», developed in *Bolagsupplysningen* for profit-making companies, may by analogy extend to other legal persons, including non-profit organisations. The «principal place of business» in art. 63(1) of the Brussels Ibis Regulation likewise applies broadly to «a company or other legal person or association of natural or legal persons». For non-profit entities, this place should correspond to where the organisation is primarily active. cfr. Opinion of AG Bobek in *Bolagsupplysningen*, cit., para 104. See, however, VRBLJANAC, cit., p. 174, who argues that, for non-profit legal persons, it remains unclear which criterion should be used to determine the centre of interests.

¹⁸⁰ CARRASCOSA GONZÁLEZ, “The Internet”, cit., p. 364; LUTZI, “Shevill is dead”, cit., p. 210.

¹⁸¹ Opinion of AG Bobek on *Bolagsupplysningen*, cit., paras 112-113; BIZER, cit., p. 1954; LUTZI, “Shevill is dead”, cit., p. 210.

¹⁸² CARRASCOSA GONZÁLEZ, “The Internet”, cit., p. 364; BIZER, cit., p. 1954; LUTZI, “Shevill is dead”, cit., p. 210.

criterion» implies that this factor is not entirely irrelevant to the jurisdictional analysis.¹⁸³ Moreover, the ECJ's emphasis on the "principal place of business" appears closely linked to the facts of *Bolagsupplysningen*. The judgment indicates that the jurisdictional inquiry into a legal person's "centre of interests" should focus on identifying the place where reputational harm is felt most keenly.¹⁸⁴ Where, as in *Bolagsupplysningen*, the plaintiff carries out most of its activities in a Member State other than that of its registered office or central management, jurisdiction should lie with the former. The outcome may differ, however, where the legal person also operates in the Member State of incorporation or at its real seat.

65. The second difficulty arising from the "victim's centre of interests" concerns the uncertain role of objective factors relating to the context and content of the harmful information in the jurisdictional inquiry.¹⁸⁵

66. In *eDate* the ECJ endorsed a distinctly subjective construction of the "centre of interests" by placing the overall focus of the jurisdictional inquiry on the victim's personal circumstances.¹⁸⁶ It identified the victim's "habitual residence" as the primary connecting factor and mentioned only the pursuit of a professional activity among the "other factors" relevant to determining the "victim's centre of interests". Moreover, the Court remained silent on the second part of the jurisdictional test of the "centre of gravity of the dispute" proposed by AG Cruz Villalón, which focused on the objective relevance of the harmful information in the forum State.

67. In the case law following *eDate*, the Court has given some weight to objective elements in the jurisdictional inquiry based on the "victim's centre of interests". In doing so, the ECJ likely sought to respond to the criticism advanced in the literature that this ground of jurisdiction entailed the creation of a *forum actoris*, while also promoting foreseeability of jurisdiction for the defendant, consistently with the new recital 16 of the Brussels Ibis Regulation. However, the incorporation of objective factors into the jurisdictional inquiry did not occur with the clarity and consistency one might have expected.

68. In *Bolagsupplysningen*, after finding that the plaintiff's "centre of interests" was located in the Member State where it carried out the main part of its economic activity, the ECJ held that the courts of that State were best placed to adjudicate «particularly given that» the reputational injury arose from information published on «a professional site managed» in the same Member State and written in a «language» meant «to be understood by people living in that Member State».¹⁸⁷ Hence, objective elements relating to the website's characteristics (i.e. the location of its management system) and the information concerned (i.e. the language in which it was written) were invoked merely to corroborate the localisation of the victim's centre of interests, as established through a connecting factor linked to the victim's personal circumstances (i.e. its principal place of business).¹⁸⁸

69. In *Mittelbayerischer*, the ECJ denied jurisdiction at the victim's habitual residence on the ground that the harmful content did not mention the victim, either directly or indirectly. As a matter of principle, the Court stressed that the existence of a close connection between the dispute and the forum in online personality rights cases should not rest solely on subjective factors, but also on objective elements.¹⁸⁹

70. However, in addition to the fact that the harmful content did not mention the plaintiff or any other person residing in the forum State (i.e., Poland), other factors may have supported the conclusion

¹⁸³ ECJ 17 October 2017, *Bolagsupplysningen*, cit., para 41. cfr. LUTZI, "Shevill is dead", cit., p. 210.

¹⁸⁴ ECJ 17 October 2017, *Bolagsupplysningen*, cit., paras 41-42.

¹⁸⁵ BIZER, cit., pp. 1955-1957; LINDROOS-HOVINHEIMO, cit., pp. 213-214; SVANTESSON and REVOLIDIS, cit., pp. 348-349.

¹⁸⁶ See, e.g., KUIPERS, "Joined Cases", cit., pp. 1220-1221; REYMOND, "The ECJ eDate decision", cit., pp. 500-501; FAWCETT, Ní SHÚILLEABHÁIN and SHAH, cit., p. 506; VON HEIN, "Determining Jurisdiction", cit., p. 342.

¹⁸⁷ ECJ 17 October 2017, *Bolagsupplysningen*, cit., para 42.

¹⁸⁸ BIZER, cit., pp. 1955-1956; BOGDAN, "Regulation Brussels Ia", cit., p. 218; LUTZI, "Shevill is dead", cit., p. 210.

¹⁸⁹ ECJ 17 June 2021, *Mittelbayerischer*, cit., para 42.

that the Polish courts did not have a close link to the dispute. The article at issue mainly concerned events that occurred in Germany, was written in German, and was published by a local outlet whose online edition primarily covered local German news. However, the Court remained silent on the possible relevance of these latter elements in the jurisdictional analysis. Moreover, by reformulating the two questions referred into a single question, the ECJ ultimately failed to address the second question raised by the referring court, which specifically concerned whether, when assessing jurisdiction based on the “victim’s centre of interests”, national courts must take into account factors such as the public to whom the relevant website is principally addressed and the language of both the website and the harmful information.¹⁹⁰

71. Third and finally, another difficulty with the “victim’s centre of interests” concerns the uncertainty surrounding the conditions under which the jurisdictional ground is available.

72. Since *Bolagsupplysningen*, the ECJ has held that this ground cannot be relied upon when it is «not clear» from the evidence available at the jurisdictional stage where the victim’s centre of interests is located.¹⁹¹ In this way, the Court tries to reconcile its flexible construction of the “victim’s centre of interests”, grounded on the principle of proximity, with the need to safeguard foreseeability of jurisdiction. In the Court’s view, this balance is achieved by imposing a high threshold of foreseeability, whereby reliance on the “victim’s centre of interests” is permitted only when that centre can be readily identified by the court seised. There is, however, an evident tension in the Court’s approach: while the court seised, in order to rely on the “victim’s centre of interests”, must consider virtually all elements to determine whether a particularly close link exists with the dispute, it may assert jurisdiction only where the victim’s centre of interests is immediately apparent. No guidance is provided by the ECJ on how these conflicting axioms should be reconciled in practice. In any event, the Court has not yet faced a case in which the victim’s centre of interests could not be identified in practice. Anticipating this hypothetical scenario creates uncertainty about the conditions under which this jurisdictional ground is available.¹⁹² It also encourages victims to resort to the problematic “mosaic” jurisdiction, especially after the Court’s clarification in *Gtflifx* that alleged victims must «always» be able to bring proceedings at the *forum damni* under the “mosaic” approach¹⁹³.

4. Reassessing the Media-Specific Construction of the *Locus Damni* in the ECJ Case Law

73. Since *eDate*, the ECJ distinguished the interpretation of the *locus damni* in personality rights disputes depending on whether the infringement has been committed through the press and other “conventional” media or through the Internet. Most notably, “full” jurisdiction at the victim’s centre of interests is available only for online infringements. The bifurcation of the applicable jurisdictional rules has been justified by the ECJ on the ground that, unlike conventional media, the uploading of online content, due to the ubiquity of the Internet, entails the instantaneous and worldwide dissemination of the information, beyond any intention on the part of the uploader and outside that person’s control.¹⁹⁴

74. The ECJ’s insistence on the ubiquity of the Internet reflects a long-standing school of thought rooted in the 1990s’ early cyberspace literature.¹⁹⁵ Indeed, in the early years of the Internet, several authors argued that, because of its exceptional capacity to establish virtual contacts on a global scale, the Internet should have been subject to alternative methods of governance rather than to those based on state sove-

¹⁹⁰ *ibidem*, paras 23-24.

¹⁹¹ ECJ 17 October 2017, *Bolagsupplysningen*, cit., para 43; ECJ 21 December 2021, *Gtflifx*, cit., para 39.

¹⁹² cfr. VRBLJANAC, cit., p. 174.

¹⁹³ ECJ 21 December 2021, *Gtflifx*, cit., para 42.

¹⁹⁴ ECJ 25 October 2011, *eDate Advertising and Martinez*, cit., para 45; ECJ 17 October 2017, *Bolagsupplysningen*, cit., para 48; ECJ 21 December 2021, *Gtflifx*, cit., para 32.

¹⁹⁵ M. REYMOND, “Jurisdiction in Case of Personality Torts Committed over the Internet: A Proposal for a Targeting Test”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XIV, 2012/2013, pp. 227-228.

reignty and territoriality.¹⁹⁶ Especially among the so-called “cyber-libertarians”, there was a pronounced tendency to conceive the Internet as a “virtual” space distinct from the “real” world.¹⁹⁷ This conception was invoked to support the argument that the Internet should have been immune from governmental control and left to self-regulation. As a reaction, the so-called “non-exceptionalists” rejected the medium’s specificity and argued that the Internet should have been subject to the same regulation as other means of communication.¹⁹⁸ Meanwhile, at the turn of the millennium, as the Internet emerged as a mass medium, States increasingly asserted their authority over the Internet, while online actors explored the benefits of localised online experiences.¹⁹⁹ Overall, over the past two decades, the Internet has undergone two major changes. On the one hand, to comply with local laws and pursue profit, online actors have increasingly relied on geolocation technologies to diversify content and services on a territorial basis, which has in turn significantly contributed to the territorialisation of the Internet.²⁰⁰ On the other hand, the Internet’s progressive penetration into virtually every aspect of private and social life, through smartphones, social media, and Internet of Things (IoT) devices, has led to an increasing convergence between online and offline activities.²⁰¹ The intermingling between online and offline environments has become apparent in the production and distribution of media content, as shown by the well-documented trend towards the blending of technologies, products, and personnel between conventional and digital media industries (so-called “media convergence”).²⁰² Accordingly, it has been observed that not only «the dream of a truly borderless location-independent Internet is over»²⁰³, but also that – contrary to the cyberlibertarian discourse of the 1990s – it is no longer sustainable to draw a clear boundary between online and offline communications.²⁰⁴

75. Against this background, it is hardly surprising that the normative approach underlying the case law from *eDate* to *Gtflix* has been described as «obsolete» or even based on a «misunderstanding of the technological reality».²⁰⁵ On the one hand, the assumption that the dissemination of online content is necessarily global disregards the fact that geolocation technologies make it possible to restrict the geographical reach of such content and that the use of geolocation technologies has become a widespread phenomenon in the contemporary Internet.²⁰⁶ On the other hand, the idea that a clear dividing line can be drawn between the Internet and conventional media clashes with the growing convergence of online and offline environments.²⁰⁷

76. In light of the gap between the normative approach underlying the case law and technological reality, the distinction between online and offline infringements of personality rights drawn in

¹⁹⁶ See further D. J. B. SVANTESSON, *Solving the Internet Jurisdiction Puzzle*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 92-96.

¹⁹⁷ See, especially, D. R. JOHNSON and D. POST, “Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace”, *Stanford Law Review*, vol. 48, 1996, p. 1379.

¹⁹⁸ J. L. GOLDSMITH, “Against Cyberanarchy”, *University of Chicago Law Review*, vol. 65, no. 4, 1998, p. 1199; T. S. WU, “Cyberspace Sovereignty? – The Internet and the International System”, *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 10, no. 3, 1997, p. 647; A. R. STEIN, “The Unexceptional Problem of Jurisdiction in Cyberspace”, *The International Lawyer*, vol. 32, no. 4, 1998, p. 1167.

¹⁹⁹ M. TRIMBLE, “The Future of Cybertravel: Legal Implications of the Evasion of Geolocation”, *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, vol. 22, no. 2, 2012, pp. 580-581; SVANTESSON, *Solving*, cit., pp. 96-112.

²⁰⁰ D. LAMBACH, “The Territorialization of Cyberspace”, *International Studies Review*, vol. 22, 2020, p. 482; SVANTESSON, *Private International Law*, cit., p. 515; TRIMBLE, “Targeting Factors”, cit., pp. 41-42.

²⁰¹ LAMBACH, cit., p. 489; SVANTESSON, *Solving*, cit., p. 93.

²⁰² See further G. MEIKLE and S. YOUNG, *Media Convergence: Networked Digital Media in Everyday Life*, London, Bloomsbury, 2017; K. BRUHN JENSEN, *Media Convergence: The Three Degrees of Network, Mass, and Interpersonal Communication*, New York, Routledge, 2022.

²⁰³ SVANTESSON, *Private International Law*, cit., p. 515; cfr. TRIMBLE, “Targeting Factors”, cit., pp. 41-42.

²⁰⁴ SVANTESSON, *Solving*, cit., p. 93; cfr. LAMBACH, cit., p. 490.

²⁰⁵ SVANTESSON and REVOLIDIS, cit., pp. 336-337. In less provocative yet equally critical terms, cfr. KUIPERS, “Joined Cases”, cit., p. 1223; NAGY, cit., pp. 264-267; VON HEIN, “Determining Jurisdiction”, cit., pp. 340-341; BRACHOTTE and NUYTS, cit., p. 221.

²⁰⁶ SVANTESSON and REVOLIDIS, cit., pp. 336-337; BIZER, cit., p. 1949; BOGDAN, “Regulation Brussels Ia”, cit., pp. 217-218; VON HEIN, “Determining Jurisdiction”, cit., pp. 340-341; LUNDSTEDT, cit., p. 260; MARONGIU BUONAIUTI, cit., pp. 352-353.

²⁰⁷ cfr. KUIPERS, “Joined Cases”, cit., p. 1223; NAGY, cit., p. 266; MÁRTON, cit., pp. 295-296; VON HEIN, “Determining Jurisdiction”, cit., p. 344.

eDate raises practical uncertainties regarding the boundaries between the jurisdictional rules of *Shevill* and *eDate*. First, since the adaptation of the *forum damni* in *eDate* was designed to offset the territorial dispersion of harm caused by universally accessible online content, it remains uncertain whether the *eDate*'s solutions also apply to online content with limited accessibility, such as emails, content available upon subscription, or social media content.²⁰⁸ It is likewise uncertain whether the *eDate*'s solutions should, by analogy, be extended beyond the Internet to other media whose geographical reach is equally difficult to control, such as satellite broadcasting or short-wave radio.²⁰⁹ Furthermore, it remains unclear how the *Shevill* – *eDate* line of case law should operate where an infringement of personality rights results from content published simultaneously online and through conventional media (so-called “parallel” publications). To avoid the difficulties of applying two different jurisdictional standards in parallel, it has been argued that, in such cases, the solutions elaborated in *eDate* should apply uniformly to all versions of the same content, including offline publications.²¹⁰ Nevertheless, this necessarily implies extending the jurisdictional rules established in *eDate* beyond the medium for which they were originally formulated. If one adheres to the rigid demarcation between online and offline infringements of personality rights established in *eDate*, the logical consequence is that the online and offline versions of the same content must be subjected to different jurisdictional standards. Needless to say, applying the *Shevill* and *eDate* jurisdictional standards in parallel to the online and offline versions of the same content does not promote legal certainty and the sound administration of justice.²¹¹

77. Against this background, in light of the growing convergence between different media, it is submitted that a sustainable reform of the *forum delicti* in personality rights disputes should establish a technologically neutral jurisdictional framework – that is, one applying uniformly to all personality rights infringements, regardless of the medium used.²¹² This aligns with the technologically neutral approach characterising the general instruments of EU private international law, which do not contain Internet-specific provisions.²¹³

78. At the same time, any reform of the *forum delicti* to better accommodate personality rights disputes should take into account the fact that, in light of the pervasive use of the Internet in today's European information society, such infringements of personality rights are predominantly committed online. As such, a proper jurisdictional framework for personality rights disputes should not only promote technological neutrality but should also strive to address, as far as possible, the specific localisation problems posed by the Internet.

79. To this latter effect, it is increasingly recognised that the localisation problems posed by the Internet do not require abandoning the most paradigmatic method of private international law – that is, localising the relevant legal relationship through geographical connecting factors (so-called “Savignyan”

²⁰⁸ A positive solution is given by MÁRTON, cit., pp. 295-296. See, however, VRBLJANAC, cit., pp. 177-178.

²⁰⁹ See, in support of this view, M. BOGDAN, “Defamation on the Internet, Forum Delicti and the e-Commerce Directive: Some Comments on the ECJ Judgment in the *eDate* Case”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XIII, 2011/2012, p. 485.

²¹⁰ MÁRTON, cit., pp. 297-298.

²¹¹ NAGY, cit., p. 266; *ibidem*, pp. 296-297; VON HEIN, “Determining Jurisdiction”, cit., p. 344.

²¹² A technologically neutral approach in the formulation of jurisdictional rules for personality rights disputes has been advocated by Opinion of AG Cruz Villalón on *eDate Advertising and Martinez*, cit., paras 53-54; HARTLEY, “‘Libel Tourism’”, cit., pp. 36-37; KUIPERS, “Joined Cases”, cit., pp. 1223-1224; NAGY, cit., pp. 275-278; NIELSEN, cit., pp. 278-279; VRBLJANAC, cit., pp. 177-178; VON HEIN, “Determining Jurisdiction”, cit., p. 344; SVANTESSON, *Private International Law*, cit., pp. 650-679; B. HESS et al., “ILA Guidelines on the Protection of Privacy in Private International and Procedural Law (‘Lisbon Guidelines on Privacy’) and Commentary Thereto”, MPILux Research Paper Series, no. 4, 2022, p. 10; MONICO, cit., pp. 332-333. Other authors have supported the introduction of specific jurisdictional rules for online infringements of personality rights. cfr. Opinion of AG Bobek on *Bolagsupplysningen*, cit., para 71; LUTZI, *Private International Law*, cit., pp. 155-159; Institut de Droit International, “Injuries to Rights of Personality Through the Use of the Internet: Jurisdiction, Applicable Law and Recognition of Foreign Judgments”, 8th Commission, 31 August 2019 (“2019 IDI Resolution”); FERACI, “Digital Rights”, cit., pp. 299-301; HESS et al., “The Reform”, cit., pp. 28-29. Again, other authors have argued that, while the legal framework should be technologically neutral, the specificities of the Internet should be addressed at the level of interpretation. See MARINO, “Nuovi sviluppi”, cit., p. 883.

²¹³ LUTZI, “Internet cases”, cit., p. 688; FERACI, “Digital Rights”, cit., p. 279; MONICO, cit., p. 169.

method).²¹⁴ However, rules of private international law based on strictly territorial connecting factors, such as those focused on conduct or effects (e.g., the place of the harmful event, the place of performance of the obligation, etc.) are generally recognised as problematic when applied to the Internet, as they often lead to a multiplicity of competent courts or applicable laws.²¹⁵ Against this background, it has been argued that adopting connecting factors that focused on the location of the parties involved in online transactions may prove a coherent solution to address the localisation problems posed by the Internet.²¹⁶ This builds on the early “non-exceptionalist” argument that every act of communication, whether online or offline, necessarily involves natural or legal persons situated in geographical spaces.²¹⁷ Accordingly, the adoption of private international law rules based on connecting factors that focus on the parties to a personality rights dispute may help reconcile, at the regulatory stage, the need for technologically neutral solutions with the need to address the specific localisation challenges posed by the Internet.

V. Alternative Jurisdictional Models in the Literature

80. As the foregoing analysis illustrates, the solutions developed by the ECJ in interpreting the *forum delicti* in personality rights disputes – particularly with respect to the “place of the damage” head of jurisdiction – have proven somewhat unsatisfactory. They have proven insufficient to ensure consistency with the underlying principles of the *forum delicti*, equal treatment between litigants, and responsiveness to technological reality. While the “mosaic” jurisdiction is almost unanimously rejected in the literature, the ECJ’s solution adopted since *eDate* to recognise a forum centred on the victim has proved more divisive. Against this background, the section reviews the principal proposals for reform discussed in the literature, which may be grouped into four jurisdictional approaches: (i) “country of origin”, (ii) “actual access”, (iii) “targeting”, and (iv) “forum of the victim”. The subsequent section then advances an alternative proposal for the reform of the *forum delicti* in personality rights cases.

1. The Country of Origin Approach

81. According to the so-called “country of origin” approach, jurisdiction should lie with the courts of the country where the harmful conduct originated.²¹⁸ On this basis, some authors have argued that, in personality rights disputes, exclusive jurisdiction should be conferred upon the courts of the Member State in which the defendant is domiciled or established, thereby excluding altogether the plaintiff’s option to sue at the *forum damni*.²¹⁹ This view is typically justified on two grounds. First, concentrating jurisdiction at the defendant’s domicile or establishment aligns with the principle *actor sequitur forum rei*, as reflected in the Brussels I regime’s general forum of the defendant’s domicile. Secondly, by requiring alleged victims to bring proceedings in the alleged tortfeasor’s home State, it reduces the risk of abusive litigation, including SLAPP.

82. The principle *actor sequitur forum rei* undoubtedly reflects a legitimate concern for fairness towards defendants. As the decision about whether and when to bring proceedings rests entirely with the plaintiff, it is generally for the latter to bear the costs of international litigation.²²⁰ This principle ensures

²¹⁴ MARINO, “Nuovi sviluppi”, cit., p. 883; CARRASCOSA GONZÁLEZ, “The Internet”, pp. 302-307; LUTZI, *Private International Law*, pp. 127-139.

²¹⁵ e.g. OSTER, cit., p. 122; CARRASCOSA GONZÁLEZ, “The Internet”, pp. 304-305; SVANTESSON, *Solving*, cit., pp. 37-39; LUTZI, *Private International Law*, cit., p. 27.

²¹⁶ See especially LUTZI, *Private International Law*, cit., pp. 148-149.

²¹⁷ GOLDSMITH, cit., p. 1250.

²¹⁸ See LUTZI, *Private International Law*, cit., pp. 142-145.

²¹⁹ See especially DICKINSON, “By Royal Appointment”, cit.; BORG-BARTHET, LOBINA and ZABROCKA, cit., p. 42.

²²⁰ A. T. VON MEHREN, “Theory and Practice of Adjudicatory Authority in Private International Law: A Comparative Study of the Doctrine, Policies and Practices of Common- and Civil-Law Systems”, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 295, The Hague, Brill Nijhoff, 1996, p. 181.

that defendants may defend themselves before the courts of the State most familiar to them rather than being compelled to litigate abroad. Nevertheless, the principle *actor sequitur forum rei* is not exempt from criticism. By placing the entire cost of litigation on the injured party, it risks creating jurisdictional safe havens for potential tortfeasors and may even encourage the commission of wrongful acts.²²¹ In any event, virtually all contemporary jurisdictional systems depart from a strict adherence to this principle and instead provide a range of alternative fora grounded in other rationales, such as proximity, party autonomy, and the protection of the weaker party.²²² Concentrating jurisdiction exclusively in the defendant's home State would simply disregard the fact that the *forum delicti* has been firmly rooted in EU law since 1968 and that abandoning it today would be both unrealistic and undesirable.²²³ By the same token, while there is undoubtedly a need to combat abusive litigation, requiring alleged victims to bring proceedings in the alleged tortfeasor's home State in all circumstances can hardly be regarded as a balanced solution.²²⁴ Such an approach would be excessively tilted in favour of defendants and would ultimately hinder effective judicial protection for victims.²²⁵

2. The Actual Access Approach

83. The “actual access” approach is an Internet-specific methodology that seeks to determine jurisdiction on the basis of the number of page views or accesses that the harmful online content has received in the forum. This approach has left traces in some important judgments delivered by national courts, especially in the early years of the Internet.²²⁶ In the literature, the number of page views is still occasionally defended as a standalone criterion or, at least, as a central factor for determining jurisdiction in cases involving online infringements of personality rights.²²⁷

84. As a matter of fact, it is undeniable that the majority of contemporary websites collect information on page views and on the geographical location of Internet users.²²⁸ This is ordinarily achieved through web-analytics tools, such as Google Analytics or Matomo, which rely on tracking scripts and cookies to collect data on page views and use IP-based geolocation techniques to determine users' location. Moreover, many web-analytics services are also freely available and relatively easy to implement.

85. As most scholars observe, figures about page views may help in measuring the impact of online content in the forum and hence may be taken into account for assessing jurisdiction.²²⁹ These

²²¹ See further J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Foro del domicilio del demandado y Reglamento Bruselas ‘I-bis 1215/2012’. Análisis crítico de la regla *actor sequitur forum rei*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, no. 1, 2019, pp. 112-138.

²²² VON MEHREN, cit., p. 193.

²²³ CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Distance Torts”, cit., pp. 37-38; MONICO, cit., p. 181.

²²⁴ B. HESS, “Reforming the Brussels Ibis Regulation: Perspectives and Prospects”, *MPILux Research Paper Series*, no. 4, 2021, p. 10. cfr. LUTZI, *Private International Law*, cit., p. 152.

²²⁵ HESS, “Reforming”, cit., p. 10.

²²⁶ See, e.g., *Dow Jones & Co. Inc v Jameel* [2005] EWCA Civ 75, where the Court of Appeal (England and Wales) found a defamation claim to constitute an abuse of process on the ground that the allegedly defamatory online article had been accessed by only five subscribers in the forum.

²²⁷ NAGY, cit., pp. 277-278, argues that jurisdiction over online infringements of personality rights should be determined by combining the extent of the victim's reputation with the number of accesses in the forum. Where the victim is hardly known in the forum, jurisdiction is proper only if the content has achieved a high level of circulation there. Conversely, if the victim enjoys a strong reputation in the forum, jurisdiction may be appropriate even when the level of circulation is relatively low. EL HAGE, cit., pp. 463-466, argues that, for all cyber torts, including personality rights torts, jurisdiction should lie where the cyber tort has had its «most significant impact», which will typically correspond to the country where «the illegal content has circulated most intensively», depending on the «numbers of viewers».

²²⁸ S. ENGLEHARDT and A. NARAYANAN, *Online Tracking: A 1-Million-Site Measurement and Analysis*, *Proceedings of the 2016 ACM Conference on Computer and Communications Security*, Vienna, ACM, 2016, p. 1397; A. McDONALD et al., *403 Forbidden: A Global View of CDN Geoblocking*, *Proceedings of the Internet Measurement Conference*, Boston, ACM, 2018, p. 218.

²²⁹ D. J. B. SVANTESSON, “Time for the Law to Take Internet Geo-Location Technologies Seriously”, *Journal of Private International Law*, vol. 8, no. 3, 2012, p. 473; OSTER, cit., p. 117; REYMOND, “Jurisdiction”, cit., pp. 222-223.

figures, however, should not be treated as a standalone criterion for establishing jurisdiction.²³⁰ First, such data may not always be available.²³¹ When they are available, their capacity to offer a realistic picture of the actual impact of the content within the forum is limited by both technical and legal constraints. From a technical standpoint, the reliability of page-view statistics depends on the accuracy and resilience to manipulation of the web-analytics tools used to generate them.²³² From a legal perspective, since these technologies often involve the processing of users' IP addresses or other identifying data, their use is subject to data protection law, which may limit the scope or granularity of the information that can be lawfully collected.²³³ Taken together, these considerations explain why, with few exceptions, the number of page views is typically treated as a factor within broader "targeting" assessments rather than as a standalone basis for jurisdiction.²³⁴

3. The Targeting Approach

86. "Targeting" – also known as "focalisation" or "*critère de destination*" – is a jurisdictional methodology that seeks to determine whether the defendant has directed its activities toward the forum State.²³⁵ Under the Brussels I regime, this methodology is adopted by the protective rules of jurisdiction on consumer contracts.²³⁶ Though applicable beyond the Internet, "targeting" primarily emerged in legal literature and practice as a reaction to dissatisfaction with the "accessibility" criterion. While "accessibility" exposes online actors to virtually worldwide jurisdiction, "targeting" reflects the more balanced view that online actors should be sued only in countries they have actively targeted. The literature often distinguishes between "subjective" and "objective" targeting, based on the focus of the jurisdictional inquiry. "Subjective" targeting assesses the defendant's intent to reach the audience in a given State, as manifested through objective indicators relating to: (i) the characteristics of the disputed information (e.g., its content and language); (ii) its impact in the forum (e.g., the number of distributed copies, accesses, or whether users in the forum have been geo-blocked); and (iii) the general features of the medium (e.g., the local profile of the publisher, the domain name used by the relevant website, and the availability of local advertisements and content). "Objective" targeting rests essentially on the same criteria but focuses on the actual links between the defendant's conduct and the forum, regardless of intent.

87. The "targeting" methodology has emerged as the main point of reference for those scholars who have criticised the approach adopted by the ECJ since *eDate* to introduce a victim-centred head of jurisdiction in personality rights infringement cases.

²³⁰ OSTER, cit., p. 117; REYMOND, "Jurisdiction", cit., pp. 222-223.

²³¹ *ibidem*.

²³² REYMOND, "Jurisdiction", cit., pp. 222-223; MÁRTON, cit., pp. 253-254.

²³³ OSTER, cit., p. 117; MÁRTON, cit., pp. 253-254. See also G. ZHENG and S. PELTSVERGER, "Web Analytics Overview", in *Encyclopedia of Information Science and Technology*, 3rd ed., Hershey (PA), IGI Global, 2015, pp. 7-8.

²³⁴ Opinion of AG Cruz Villalón on *eDate Advertising and Martinez*, cit., para 65; OSTER, cit., p. 117; REYMOND, "Jurisdiction", cit., pp. 222-223.

²³⁵ See further, e.g., M. A. GEIST, "Is There a There There? Towards Greater Certainty for Internet Jurisdiction", *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 16, 2001, pp. 1380-1381; O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, Paris, LGDJ, 2002, pp. 193-217; LUTZI, *Private International Law*, cit., p. 145-147; TRIMBLE, "Targeting Factors", cit., pp. 7-44.

²³⁶ Under the Brussels I regime, consumers may bring proceedings against traders in matters relating to contracts either in the Member State of the consumer's domicile or in Member State of the trader's domicile. This favourable rule of jurisdiction is subject to the condition, set out in now art 17(1)(c) of the Brussels Ibis Regulation, that the trader «directs» its commercial activities to the Member State of the consumer's domicile. Since *Pammer and Alpenhof*, the ECJ has held that, in the case of electronic consumer contracts, the accessibility of the trader's website in the Member State of the consumer's domicile is insufficient to conclude that the trader has "directed" its activity there. Rather, it must be determined whether the trader has «manifested its intention to establish commercial relations with consumers» in the Member State of the consumer's domicile on the basis of a non-exhaustive list of factors. See ECJ 7 December 2010, *Peter Pammer v Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG and Hotel Alpenhof GesmbH v Oliver Heller*, Joined Cases C-585/08 and C-144/09, ECLI:EU:C:2010:740.

88. Indeed, after *eDate*, several authors criticised the “victim’s centre of interests” for having *de facto* introduced a *forum actoris* within the Brussels I regime.²³⁷ This has been claimed to cause an undue interference with the principle *actor sequitur forum rei*.²³⁸ In turn, it has been argued that a *forum actoris* in personality rights disputes may not be convincingly justified by the need to protect alleged victims, as this would sit uneasily with the nature of the Internet as a medium that is today used by a vast and diverse range of users.²³⁹ Nor does the “victim’s centre of interests” necessarily align with the principle of proximity. By relying on a “subjective” and “one-sided” reading of the *locus damni* focused on the victim’s habitual residence, it leaves little room for other elements that may demonstrate the existence, or lack thereof, of a particularly close connection between the dispute and the forum.²⁴⁰ Depending on the circumstances, the harmful information may not be capable of causing foreseeable harm in the victim’s forum. This may depend on the characteristics of the information (e.g. when it is of little public interest in the forum or is written in a language understood by few), its actual impact within the forum (e.g. the publisher has geo-blocked users or has not actively disseminated it in the forum, or the information has been accessed or read by only a few people), and the general features of the medium (e.g. where the publisher or website has a purely local profile). Moreover, the more the alleged victim has personal links or a reputation across several Member States, the more fortuitous the identification of the “centre of interests” becomes, and the rationale underlying this jurisdictional ground – namely, that it reflects the place where the most significant harm to personality occurs – appears increasingly artificial. Because it is for the alleged victim to prove the location of their “centre of interests”, a person with a highly cross-border lifestyle may claim that this centre lies in a forum with only limited connections to the dispute.²⁴¹ This could result in jurisdiction being conferred on a court that is only tenuously linked to the case and therefore unforeseeable for the defendant. In this connection, it has been argued that applying the “victim’s centre of interests” without due regard for the defendant’s ability to foresee jurisdiction may unduly interfere with their rights of defence and freedom of expression.²⁴² Moreover, a *forum actoris* might be perceived as “exorbitant” in certain jurisdictions and thus create obstacles to the recognition and enforcement of judgments.²⁴³

89. On this basis, several authors have variously proposed to reform the “victim’s centre of interests” through the “targeting” methodology. Some authors have proposed extending to personality rights disputes the “subjective” targeting test applied by the ECJ since *Pammer and Alpenhof* in consumer-contract cases, which was itself inspired by the US doctrine of “purposeful availment”.²⁴⁴ The predominant view, however, has endorsed the “objective” targeting methodology proposed by AG Cruz Villalón in *eDate*, based on the criterion of the “centre of gravity of the dispute”.²⁴⁵ Some authors have

²³⁷ KUIPERS, “Joined Cases”, cit., pp. 1220-1221; NAGY, cit., p. 270; REYMOND, “Jurisdiction”, cit., p. 244; BIZER, cit., p. 1952; LUTZI, “Internet cases”, cit., p. 696; HARTLEY, “Jurisdiction”, cit., p. 1001; EL HAGE, cit., p. 462; MANKOWSKI, cit., pp. 312-313.

²³⁸ DICKINSON, “By Royal Appointment”, cit.; NAGY, cit., p. 270.

²³⁹ VON HEIN, “Determining Jurisdiction”, cit., pp. 345-346.

²⁴⁰ cfr. KUIPERS, “Joined Cases”, cit., pp. 1221-1222; DICKINSON, “By Royal Appointment”, cit.; REYMOND, “Jurisdiction”, cit., p. 243; MARINO, “La violazione”, cit., p. 369.

²⁴¹ G. ZARRA, “Conflitti di giurisdizione e bilanciamento dei diritti nei casi di diffamazione internazionale a mezzo internet”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 98, no. 4, 2015, pp. 1245-1246.

²⁴² FAWCETT, NÍ SHÚILLEABHÁIN and SHAH, cit., p. 506; VON HEIN, “Determining Jurisdiction”, cit., p. 342.

²⁴³ EL HAGE, cit., p. 462.

²⁴⁴ cfr. ZARRA, cit., pp. 1256-1262; MARINO, “La violazione”, cit., pp. 368-369. On the US courts’ approach to jurisdiction in personality rights disputes, see, e.g., L. E. LITTLE, “Internet Defamation, Freedom of Expression, and the Lessons of Private International Law for the United States”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XIV, 2012/2013, pp. 181-190; L. J. SILBERMAN, “Judicial Jurisdiction and Forum Access: The Search for Predictable Rules”, in F. FERRARI and D. P. FERNÁNDEZ ARROYO (eds.), *Private International Law: Contemporary Challenges and Continuing Relevance*, Cheltenham, Edward Elgar, 2019, pp. 332-358; SYMEONIDES, cit., pp. 87-94.

²⁴⁵ KUIPERS, “Joined Cases”, cit., pp. 1221-1222; OSTER, cit., p. 122; BIZER, cit., pp. 1956-1957; LUTZI, *Private International Law*, cit., p. 158; FERACI, “Digital Rights”, cit., p. 288; VON HEIN, “Determining Jurisdiction”, cit., pp. 342-344; LINDROOS-HOVINHEIMO, cit., p. 215. The jurisdictional test proposed by AG Cruz Villalón was to some extent inspired by the “collision of interests” test developed by German courts to assess jurisdiction over online personality rights disputes involving third-country defendants. See further S. SCHMITZ, “From Where Are They Casting Stones? – Determining Jurisdiction in Online Defamation”, *Masaryk University Journal of Law and Technology*, vol. 6, no. 1, 2012, pp. 170-173.

developed alternative *sui generis* jurisdictional models grounded in “targeting”, three of which merit special mention.²⁴⁶

90. First, Michel Reymond has proposed that the court seised should assert jurisdiction over online personality torts only if the offending website is objectively capable of causing foreseeable harm in the forum.²⁴⁷ This must be determined through a non-exhaustive list of eleven criteria, grouped into three categories: (i) «general» criteria, applicable to all websites; (ii) «commercial» criteria, relevant only to websites designed to generate revenue from the forum; and (iii) «criteria specific to defamation and personality torts».²⁴⁸ The burden of proof for the first two categories lies with the defendant.²⁴⁹ The «general» criteria comprise: (i) the number of page views of the harmful content in the forum; (ii) the language of the website and of the content; (iii) the ranking position of the website on major search engines; (iv) the website’s top-level domain; (v) the geolocation technologies used or reasonably available to the defendant; and (vi) the nature of the website, such as whether it addresses a local or international audience. The «commercial» criteria include: (vii) whether the website allows conclusion of contracts with customers in the forum; (viii) the availability of localised advertising; and (ix) the defendant’s offline commercial activity in the forum. The «criteria specific to defamation and personality torts» include: (x) the extent of the claimant’s reputation in the forum; and (xi) the degree of public interest in the allegedly harmful content.

91. Secondly, according to the Resolution of the *Institut de Droit International* (IDI) «Injuries to Rights of Personality Through the Use of the Internet: Jurisdiction, Applicable Law and Recognition of Foreign Judgments» (31 August 2019), the alleged victim of online personality rights infringements may file a single action in one of the following States: (i) the State where the «critical conduct» of the liable person occurred; (ii) the liable person’s «home State»; (iii) the State in which the «most extensive injurious effects occurred or may occur»; and (iv) the victim’s «home State».²⁵⁰ The latter two fora draw inspiration from the ECJ’s case law on the “victim’s centre of interests”.²⁵¹ Under the Resolution, the defendant may “escape” jurisdiction at these two fora if they cumulatively prove that: (i) they «did not derive any pecuniary or other significant benefits from the accessibility of the content in the forum state»; and (ii) «a reasonable person could not have foreseen that the material would be accessible in the forum State» or that their conduct «would cause any injury in that State».²⁵² As co-rapporteur Prof Symeonides explains, this “escape clause” is intended to mediate between the EU and US approaches to special jurisdiction over online personality rights infringements.²⁵³

92. Third and finally, the «ILA Guidelines on the Protection of Privacy in Private International and Procedural Law» (23 June 2022) provide four alternative grounds of jurisdiction. In line with the principle *actor sequitur forum rei*, the plaintiff may initiate proceedings in the State of the defendant’s habitual residence.²⁵⁴ The remaining three grounds focus on the defendant’s conduct and require the

²⁴⁶ For other proposals grounded in “targeting”, see: (i) I. ROTH, *Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2007, pp. 273-287, proposing jurisdiction where, beyond accessibility, a «qualified domestic connection» exists; (ii) HARTLEY, ““Libel Tourism””, cit., pp. 36-37, proposing jurisdiction for the State of the claimant’s domicile as well as for the State that has been targeted more than any other and where the defendant has taken significant steps to make the offending material available; (iii) SVANTESSON, *Private International Law*, cit., pp. 650-679, proposing jurisdiction for the State where «the defendant performed the injuring act», as well as for State where the defamatory material «enters the mind» of persons present in the forum, unless the defendant shows that they took reasonable steps to avoid contact with the forum (so-called “dis-targeting” approach).

²⁴⁷ M. REYMOND, “Jurisdiction”, cit., p. 221.

²⁴⁸ *ibidem*.

²⁴⁹ *ibidem*.

²⁵⁰ 2019 IDI Resolution, cit., arts. 3(1) and 5(1).

²⁵¹ Institut de Droit International, “8th Commission’s Final Report”, 21 November 2018, pp. 269-270.

²⁵² 2019 IDI Resolution, cit., art. 5(2).

²⁵³ SYMEONIDES, cit., pp. 153-158.

²⁵⁴ HESS et al., “ILA Guidelines”, cit., art. 4.

existence of a «significant relationship of the claim with the forum».²⁵⁵ First, the plaintiff may bring proceedings in the State where «the act or omission directly causing the harm occurred». Secondly, proceedings may be brought in the State where the plaintiff has their «centre of main interest, unless the defendant could not have reasonably foreseen substantial consequences of their act occurring in that State». According to the Guidelines' commentary, this foreseeability condition is intended «to capture, in particular, the foreseeability requirement that is at the core of the due process analysis in the United States».²⁵⁶ Third and finally, the plaintiff may bring proceedings «in the State to which the publication in question is principally directed, taking into account, in particular, (a) the language of the publication; (b) the content of the publication; and (c) the physical location of the intended audience».²⁵⁷

93. Overall, from the perspective of the underlying principles of the *forum delicti*, “targeting” has the advantage of promoting procedural proximity, since it may generally be assumed that a court situated in the place where the liable person has targeted their conduct is well positioned to hear the dispute and to assess the constitutive elements of liability.²⁵⁸ “Targeting” is also intended to enhance foreseeability for the defendant, as it is reasonable to assume that an allegedly liable person may expect to be sued in the State they have actively targeted.²⁵⁹ However, “targeting” also has important drawbacks. It fails to promote the concentration of jurisdiction where the defendant’s conduct is not directed at any particular country, as may frequently occur in the context of online communications.²⁶⁰ It encourages geo-blocking and, in turn, contributes to the fragmentation of the EU internal market.²⁶¹ If the court seised finds that the defendant’s conduct was not targeted at any specific State, the plaintiff may be deprived of the possibility to sue at the *forum damni*, thereby undermining the *effet utile* of the *forum delicti*.²⁶² Furthermore, as it requires the court seised to assess all elements of the dispute in light of a non-exhaustive list of guiding criteria, “targeting” constitutes a fact-dependent and open-textured jurisdictional methodology that sits uneasily with the objective of ensuring legal certainty in the allocation of jurisdiction.²⁶³ Any attempt to enhance legal certainty by introducing rigid pre-defined criteria for “targeting” may undermine the very nature of this methodology and prove counterproductive, as it risks encouraging manipulative tactics whereby defendants structure their websites so as not to appear to have targeted the forum.²⁶⁴

4. The Forum of the Victim

94. The trend in legal literature described above, which variously proposes reforming the jurisdictional ground of the “victim’s centre of interests” through a “targeting” methodology, has been opposed by other authors. These authors have endorsed the premise of the ECJ’s approach in *eDate* to establish a jurisdictional ground focused on the victim in personality rights disputes.²⁶⁵

²⁵⁵ *ibidem*, p. 37.

²⁵⁶ *ibidem*, pp. 41-42.

²⁵⁷ *ibidem*, pp. 42-44.

²⁵⁸ CARRASCOSA GONZÁLEZ, “The Internet”, p. 371; LUTZI, “Internet cases”, cit., p. 705.

²⁵⁹ *ibidem*.

²⁶⁰ LUTZI, “Internet cases”, cit., p. 705; cfr. SVANTESSON, *Solving*, cit., p. 103.

²⁶¹ BOGDAN, “Website Accessibility”, cit., p. 8; MÁRTON, cit., pp. 250-251; LUTZI, “Internet cases”, cit., p. 705.

²⁶² MONICO, cit., p. 299.

²⁶³ cfr. OSTER, cit., p. 121; CARRASCOSA GONZÁLEZ, “The Internet”, p. 371; MÁRTON, cit., pp. 251-253; SVANTESSON, *Solving*, cit., p. 103; MONICO, cit., pp. 299-300. The Report on the application of the Brussels Ibis Regulation also recognises the difficulties faced by national courts in determining whether a trader has “directed” its commercial activity towards the consumer’s domicile in cases involving the online offering of goods or services. See European Commission, *Report on the application of Regulation (EU) No 1215/2012*, cit., p. 12.

²⁶⁴ cfr. MÁRTON, cit., p. 251; LUTZI, “Internet cases”, cit., p. 705.

²⁶⁵ HESS, “The Protection of Privacy”, cit., pp. 105-106; CARRASCOSA GONZÁLEZ, “The Internet”, pp. 354-375; MÁRTON, cit., pp. 261-274; KRAMBERGER ŠKERL, cit., p. 101; VRBLJANAC, cit., pp. 177-178; DE SOUSA GONÇALVES, cit., pp. 138-140. NIELSEN, cit., p. 279, proposes introducing a new paragraph (3) in what is now art. 7, conferring jurisdiction for all personality rights violations, regardless of the medium used, on the courts of the State where the alleged victim has the centre of his interests or where

95. First of all, it has been argued that, because of the nature of the protected interests, a forum centred on the victim in personality rights disputes is fully justifiable in light of the principle of proximity. Since personality rights aim to protect the moral integrity of the individual, the assumption that harm to personality should be deemed to occur, for jurisdictional purposes, at the place where the victim's personality is most firmly established – that is, at their domicile or habitual residence – constitutes a reasonable solution, which had already been advanced in the literature before the *Shevill* judgment.²⁶⁶

96. Moreover, it has also been argued that attributing jurisdiction to the forum of the victim promotes the concentration of litigation and reduces the proliferation of competent courts resulting from the immaterial nature of personality rights and the ubiquity of the Internet, thereby better reflecting the realities of an increasingly globalised and interconnected world.²⁶⁷

97. Given the inherent link between personality rights and the person of the right holder, it may be argued that an infringement causes damage not only at the victim's habitual residence but also in any other place where the victim has some personal contacts or a reputation to defend.²⁶⁸ However, allowing jurisdiction in all places with which the victim has minor personal contacts – and, hence, where minor harm to personality may occur – inevitably increases the risk of positive conflicts of jurisdiction, particularly in light of the growing international mobility of persons. Concentrating jurisdiction exclusively at the victim's habitual residence ensures a close connection between the dispute and the court seised and prevents the multiplication of competent fora.²⁶⁹

98. Moreover, a shift from “territorial” or “effects-based” connecting factors (such as “distribution”, “accessibility” or “targeting”) to a connecting factor focused on the location of the victim may contribute to resolving the difficulties of localising, in physical spaces, the harmful consequences of online communications. It may also promote technological neutrality, as any act of communication, regardless of the medium used, involves natural or legal persons located in geographical spaces.

99. Furthermore, it has been submitted that attributing jurisdiction to the forum of the victim aligns with the modern functions of tort law: ensuring redress for victims (reparation function) and deterring potential tortfeasors from committing violations (normative function).²⁷⁰ Allowing the alleged victim to sue in their home State has been defended as a means of ensuring effective judicial protection and redress, while also discouraging violations of personality rights.²⁷¹ Foreseeability of jurisdiction for the defendant is generally preserved, since in most cases the publisher can reasonably identify the habitual residence of the individuals who are the subject of the relevant content.²⁷²

the publisher is established. MONICO, cit., pp. 406-407, proposes integrating art. 7(2) of the Brussels Ibis Regulation with legal definitions specifying the location of «the place where the harmful event occurred or may occur» for different categories of torts. In the case of personality rights infringements, the author suggests that the place of the causal event should coincide with the place where the alleged tortfeasor is established, and the place of the damage with that where the victim has their centre of interests. HESS et al., “The Reform”, cit., pp. 28-29, argue that the “mosaic” jurisdiction should be limited to personality rights torts committed through the press, whereas, in the case of online infringements, a new paragraph in what is now art. 7 should confer jurisdiction on the courts of the State where the victim's centre of interests is located.

²⁶⁶ H. GAUDEMET-TALLON, “Note”, *Revue critique de droit international privé*, 1983, p. 674; P. BOUREL, “Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé (Volume 215)”, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague, Brill Nijhoff, 1989, p. 357; CARRASCOSA GONZÁLEZ, “The Internet”, p. 367; MÁRTON, cit., pp. 270-272; KRAMBERGER ŠKERL, cit., p. 101; E. FARNoux, “Delendum est Forum Delicti? Towards the Jurisdictional Protection of the Alleged Victim in Cross-Border Torts”, in B. HESS and K. LENAERTS (eds.), *The 50th Anniversary of the European Law of Civil Procedure*, Baden-Baden, Nomos, 2020, p. 273; DE SOUSA GONÇALVES, cit., pp. 138-140; HESS et al., “ILA Guidelines”, cit., pp. 39-40; MONICO, cit., pp. 267-268.

²⁶⁷ BOGDAN, “Defamation”, cit., p. 485; CARRASCOSA GONZÁLEZ, “The Internet”, pp. 367-368; FERACI, “Digital Rights”, cit., p. 289.

²⁶⁸ See, e.g., NAGY, cit., p. 271; REYMOND, “Jurisdiction”, p. 243; MANKOWSKI, cit., p. 311.

²⁶⁹ CARRASCOSA GONZÁLEZ, “The Internet”, pp. 354-355.

²⁷⁰ FARNoux, cit., pp. 277-278.

²⁷¹ CARRASCOSA GONZÁLEZ, “The Internet”, pp. 368-369; MÁRTON, cit., pp. 267-268; MONICO, cit., p. 271.

²⁷² CARRASCOSA GONZÁLEZ, “The Internet”, p. 368; MÁRTON, cit., p. 269.

100. Lastly, provided that the “mosaic” jurisdiction based on accessibility is eradicated, the solution adopted by the ECJ in the *eDate* line of case law has been defended on the ground that it achieves a jurisdictional equilibrium between the parties and, hence, procedural justice.²⁷³ The alleged victim and the alleged tortfeasor are both allowed to bring proceedings at their “home” jurisdiction, the former on the basis of the jurisdictional ground of the “victim’s centre of interests” and the latter on the basis of the jurisdictional ground of the “publisher’s place of establishment”.²⁷⁴

VI. A Possible Way Forward *De Lege Ferenda*

101. The foregoing analysis has shown that, although the interpretative solutions thus far developed by the ECJ concerning the *forum delicti* in personality rights disputes remain somewhat unsatisfactory, the literature suggests a range of different approaches to how EU private international law might be reformed to achieve more coherent and balanced outcomes in this area. In such a delicate domain, there are no unequivocally “correct” or “wrong” approaches: the solution ultimately adopted in the forthcoming recast of the Brussels Ibis Regulation will depend on the policy objectives that the EU legislator chooses to prioritise and on what proves politically feasible in the course of negotiations under the ordinary legislative procedure.

102. Against this background, it is suggested that a politically sustainable solution, which seeks to reconcile proximity and predictability while promoting technological neutrality and parity of arms between the parties, could consist in adopting a jurisdictional model based on rebuttable presumptions. Such a model could build on the reasonable assumption underlying the ECJ case law that, on the one hand, the event giving rise to the harm ordinarily occurs where the allegedly liable person is established, and, on the other hand, the most significant harm resulting from an infringement of personality rights is typically suffered where the victim has the closest personal or professional connections, namely at their habitual residence in the case of natural persons or at their principal place of business in the case of companies or other legal persons.

103. The proposed provision, which could either be inserted as a separate paragraph within the current Article 7 or introduced as a standalone article in the forthcoming recast of the Brussels Ibis Regulation, could be formulated as follows:

«1. In case of violations of privacy and rights relating to personality, including defamation, a person domiciled in a Member State may be sued in another Member State either in the courts of the place where the event giving rise to the damage occurred or may occur or, alternatively, in the courts of the place where the most significant damage occurred or may occur.

2. For the purpose of paragraph 1, in the absence of proof to the contrary:

- a) the place where the event giving rise to the damage occurred or may occur shall be presumed to be the place where the person claimed to be liable is established;
- b) the place where the most significant damage occurred or may occur shall be presumed to be the place where the person sustaining damage has their habitual residence, in the case of a natural person, or its principal place of business, in the case of a company or other legal person.»

104. The solution proposed here presents a twofold advantage.

105. First, it is politically sustainable. The Report on the application of the Brussels Ibis Regulation shows that the European Commission does not intend to introduce radical amendments to the Regulation, but rather favours targeted adjustments aimed at addressing concrete practical difficulties

²⁷³ HESS, “The Protection of Privacy”, cit., p. 93. cfr. NIELSEN, cit., pp. 278-279; CARRASCOSA GONZÁLEZ, “The Internet”, p. 368; MÁRTON, cit., p. 266; MONICO, cit., p. 271.

²⁷⁴ See especially HESS, “The Protection of Privacy”, cit., p. 93.

while preserving the overall functioning of the existing system.²⁷⁵ The proposed approach would be consistent with this approach on two counts. On the one hand, a model for allocating jurisdiction on the basis of rebuttable presumptions would not be unfamiliar to EU private international law.²⁷⁶ On the other hand, insofar as it partially builds on the solutions developed in the existing case law, it would to some extent favour continuity with the current framework.

106. Secondly, it has the advantage of seeking to reconcile proximity and predictability while promoting technological neutrality and parity of arms between the litigants.

107. Regarding proximity, the proposed solution builds on the reasonable assumption that, in personality rights disputes, the event giving rise to the damage and the most significant harm typically occur where the alleged tortfeasor and the alleged victim enjoy stable physical presence, respectively. However, it duly recognises that, depending on the circumstances, the act of infringement and the most significant damage may take place elsewhere. For reasons of proximity, courts situated at the tortfeasor's establishment or at the victim's habitual residence may exceptionally be required to dismiss the claim where the evidence available at the jurisdictional stage demonstrates that the event or the most significant harm did not materialise within their jurisdiction. Conversely, courts situated outside the tortfeasor's establishment or the victim's habitual residence may exceptionally assume jurisdiction if the plaintiff demonstrates, subject to the defendant's allegations to the contrary, that the act of infringement or the most significant harm occurred or may occur within the jurisdiction of the chosen court.

108. Predictability is reasonably safeguarded through the presumption in favour of the jurisdiction of the courts situated at the tortfeasor's establishment or the victim's habitual residence. This presumption ensures that the courts located where the parties are established will ordinarily constitute the most natural forum in which to bring proceedings. To validly assert jurisdiction, these courts would simply need to verify whether the alleged tortfeasor or the alleged victim is established within their jurisdiction. In turn, both parties would be reasonably able to identify the competent court, since the tortfeasor will normally be able to determine where the victim is established, and vice versa. The possibility for these courts to decline jurisdiction would be strictly limited to situations in which the assumption upon which jurisdiction rests – namely, that the act of infringement or the most significant harm occurred within their jurisdiction – is clearly not fulfilled in the individual case. Only such circumstances could justify the jurisdiction of another court. Indeed, courts situated outside the tortfeasor's establishment or the victim's habitual residence may validly assume jurisdiction only where the evidence available at the jurisdictional stage is sufficiently strong as to demonstrate that the factual assumptions underlying these presumptions are not met in the individual case.

109. Technological neutrality is ensured in so far as jurisdiction is, as a rule, determined on the basis of connecting factors that focus on the location of the parties. At the same time, the moderate margin of flexibility left by the proposed provision also allows national courts, at the interpretative stage, to take into account the distinctive characteristics of specific media. For instance, a court situated at the

²⁷⁵ European Commission, *Report on the application of Regulation (EU) No 1215/2012*, cit., p. 2.

²⁷⁶ A similar model is adopted by Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council, of 20 May 2015, on insolvency proceedings (recast), *OJL* 141 of 5 June 2015, p. 19 ("EU Insolvency Regulation"). Indeed, jurisdiction to open main insolvency proceedings is given to the courts of the Member State where the «centre of the debtor's main interests» (COMI) is located. Art. 3(1) of the EU Insolvency Regulation generally defines COMI as «the place where the debtor conducts the administration of its interests on a regular basis and which is ascertainable by third parties». It then establishes that the COMI of the debtor «shall be presumed to be ... in the absence of proof to the contrary» the place of the registered office, in case of a company or legal person, the individual's principal place of business, in case of individual exercising an independent business or professional activity, as well as the place of the individual's habitual residence, in case of any other individual. See further G. VAN CALSTER, "COMIng, and Here to Stay: The Review of the European Insolvency Regulation", *European Business Law Review*, vol. 27, no. 6, 2016, p. 735-753; N. MAGALLON ELOSEGUI, "El centro de intereses del deudor persona física en el Reglamento Europeo 848/2015 sobre procedimientos de insolvencia", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, 2021, pp. 974-985.

alleged victim's habitual residence may conclude that the most significant harm did not occur within its jurisdiction if the defendant demonstrates that only a small number of printed copies of the defamatory material circulated in the forum, or that online access to the harmful content from the forum was effectively restricted through reasonably accurate geolocation technologies.

110. Finally, parity of arms between the litigants is also safeguarded. The two alternative fora envisaged by the proposed solution – the courts of the place where the event giving rise to the damage or the most significant harm occurred, together with the respective rebuttable presumptions – are, in principle, available to both parties, including alleged tortfeasors in the context of negative declaratory actions. By concentrating jurisdiction in two fora that are both closely connected to the dispute, the proposal avoids the proliferation of competent courts with only tenuous links to the case, thereby reducing the risk of forum shopping and abusive litigation. The position of the alleged victim is duly protected through the possibility of bringing proceedings before the courts of their habitual residence. At the same time, the defendant may still escape jurisdiction if they provide reasonably convincing evidence that, in light of the circumstances of the case, the most significant harm did not occur, or is not likely to occur, in the victim's forum. Conversely, proceedings may be brought before courts other than those situated where the litigants are established, provided that the act of infringement or the most significant harm occurred or may occur within the jurisdiction of these courts. In such cases, however, the plaintiff bears the burden of proving, subject to the defendant's allegations to the contrary, that the act of infringement or the most significant harm occurred or may occur within the jurisdiction of the chosen court.

VII. Conclusion

111. For the time being, conflicts of jurisdiction over personality rights disputes are still far from being satisfactorily regulated at EU level.

112. The central ground of jurisdiction applicable in this context – namely, the *forum delicti* – has proven problematic when applied to torts against personality.

113. On a foundational level, a tension exists between the territorial approach underlying the *forum delicti* and the non-territorial nature of personality rights infringements. The strictly territorial connecting factor on which this ground of jurisdiction is based, namely the “harmful event”, is difficult to reconcile with both the immaterial nature of personality interests and the geographical independence of the medium through which such rights are typically infringed in today's information society, namely the Internet. In addition, personality rights disputes involve a conflict between two fundamental rights under constitutional and international human rights law: the right to reputation or privacy, on one side, and the right to freedom of expression, on the other. Lastly, the two principles or objectives underlying the *forum delicti*, proximity and predictability, may themselves come into conflict and push its interpretation along diverging directions.

114. Notwithstanding these difficulties, the EU legislator has so far refrained from introducing specific jurisdictional rules for personality rights infringement cases within the Brussels I regime and has instead left to the ECJ the challenging task of adapting the general ground of jurisdiction for tort matters to the particular nature of infringements of personality rights. As discussed in this paper, while attempting to reconcile the conflicting axioms and objectives at stake, the solutions developed by the ECJ in the interpretation of the *forum delicti* in personality rights disputes have proven somewhat unsatisfactory.

115. Against this background, legislative action is needed to achieve more coherent and balanced outcomes in the field of jurisdiction over personality rights disputes. The forthcoming review of the Brussels Ibis Regulation offers a meaningful opportunity to this end. Within this context, the present paper has sought to contribute to the search for a balanced and coherent regulatory response by:

(i) identifying the main difficulties arising from the interpretative solutions developed by the ECJ over nearly thirty years, from *Shevill* to *Gtflix*; (ii) reviewing the principal reform proposals advanced in the legal literature; and (iii) advancing an additional proposal on how the *forum delicti* might be reformed in personality rights infringements cases.

Las identidades no binarias en el Derecho español: aspectos internacionales e internos

Non-binary identities in Spanish law: international and internal aspects

SAÚL CASTRO FERNÁNDEZ

*Abogado especializado en derecho antidiscriminatorio
y derechos humanos de las personas LGTBI*

PATRICIA OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS

*Profesora Titular de Derecho internacional privado
Universidad Complutense de Madrid. INSTIFEM
ORCID ID 0000-0003-3839-3471*

Recibido: 15.12.2025 / Aceptado:30.01.2026

DOI: 10.20318/cdt.2026.10281

Resumen: La introducción de una tercera opción en el marcador de género registral de las personas físicas es ya una realidad en diversos ordenamientos jurídicos extranjeros, tanto de nuestro entorno como de otras latitudes. También algunas normas jurídicas españolas contemplan esta posibilidad a nivel administrativo. No está expresamente prevista, sin embargo, en la normativa estatal civil y registral, pero un análisis del marco internacional y estatal de derechos humanos obliga al legislador a prever dicha posibilidad; y mientras, las autoridades registrales deberían admitir toda demanda de rectificación de la mención registral del “sexo legal” al tercer marcador sobre la base de una aplicación directa de los estándares actuales de derechos humanos. Máxime teniendo en cuenta que en ciertas situaciones internacionales es ya obligado que se habilite el tercer marcador en cumplimiento de las normas de Derecho internacional privado (DIPr), y en atención a la jurisprudencia del TJUE.

Palabras clave: Sexo legal, marcador de género, binarismo, Iidentidades no binarias, registro civil, Derecho internacional privado, Derecho de la UE.

Abstract: The introduction of a third option in the gender marker for registered individuals is already a reality in several foreign legal systems, both in our region and elsewhere. Some Spanish legal provisions also contemplate this possibility at the administrative level. It is not expressly provided for, however, in state civil and registry legislation, but an analysis of the international and national human rights framework obliges the legislator to provide for this possibility; and in the meantime, registry authorities should accept any request to rectify the registered entry of “legal sex” to the third marker based on a direct application of current human rights standards. This is especially true considering that in certain international situations, enabling the third marker is mandatory in compliance with private international law (PIL) rules and in accordance with the case law of the Court of Justice of the European Union (CJEU).

Keywords: Legal sex, gender marker, binarism, nonbinary identities, civil registry, private international law, EU law.

Sumario: I. Introducción. 1. Identidad de género y determinación del marcador legal del género. 2. El reconocimiento legal del género no binario en Derecho comparado. 3. El tercer marcador en el Derecho español. II. La obligación de establecer el marcador no binario desde una perspectiva de derechos humanos. 1. La identidad no binaria en el *soft law*. 2. Garantía del derecho a la identidad. 3. Prohibición de discriminación. 4. Protección de datos personales. III. Imposición del tercer marcador en situaciones internacionales. 1. Inscripción de personas no binarias extranjeras en los registros españoles: las normas de conflicto españoles. 2. Inscripción de personas españolas no binarias en el Registro civil español: la jurisprudencia del TJUE. 3. Obligación convencional de inscripción de personas no binarias. IV. Conclusiones.

I. Introducción

1. Identidad de género y determinación del marcador legal del género

1. La asignación de un sexo legal¹ a cada persona física es una práctica extendida, que, por lo general, se realiza en el momento del nacimiento. Concretamente, en España, el personal sanitario que atiende el parto está obligado a hacer constar un ‘sexo’, en el parte médico de nacimiento, sobre la base de las características sexuales visibles que presenta la neonata o el neonato². Tras la observación, por tanto, de los genitales externos del(a) bebé —y no del resto de sus características sexuales³— se asigna un ‘sexo legal’ o un ‘marcador legal de género’ en su inscripción de nacimiento. Y aunque no faltan normas que permiten a ese personal sanitario designar mediante los marcadores “varón, mujer, indeterminado o desconocido”⁴, en el Registro civil esa asignación se realiza con arreglo a un sistema binario: la persona es clasificada como varón (u hombre) o mujer (art. 170 RRC). A lo sumo, en el caso de que la persona nacida sea intersexual, la mención podría quedar en blanco durante un máximo de un año, transcurrido el cual se debe asignar uno de los dos marcadores del sistema binario⁵.

2. A partir de ese mismo momento, comenzará a actuar sobre esa persona el sistema social de género⁶: en función del sexo asignado, la sociedad (cada sociedad, en cada momento en concreto) le

¹ En España se emplea el concepto de “sexo legal” para referirse a la mención de sexo incluida en la inscripción de nacimiento de cualquier persona en el Registro Civil. En este trabajo usaremos el concepto “marcador legal de género”, por cuanto los datos registrados e inscritos no deben hacer referencia necesariamente a las características sexuales de una persona, sino al género con el que se identifican o identificarán y con el que se autodesignan en sus interacciones interpersonales.

² Art. 167 del Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil (en adelante RRC), BOE núm. 296 de 11 de diciembre de 1958.

³ Es preferible emplear el término características sexuales en lugar de sexo biológico, ya que este hace referencia a todos los “*los rasgos físicos de cada persona en relación con [el sexo que se le asigna socialmente], incluyendo sus órganos genitales y otra anatomía sexual y reproductiva, los cromosomas, las hormonas, y los rasgos físicos secundarios que se manifiestan en la pubertad*”. Esta es la definición de la Comisión Internacional de Juristas CIJ, en los Principios de Yogyakarta: Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. Estos Principios, adoptados por la Comisión Internacional de Juristas en 2006, están disponibles en español en <https://yogyakartaprincipios.org/principles-sp>. Su ampliación posterior (conocida como Principios Yogyakarta +10), de 2017, puede consultarse en <https://yogyakartaprincipios.org/principles-sp/los-principios-de-yogyakarta-10/>.

⁴ Por ejemplo, en Canarias. El Decreto 178/2005, 26 julio, por el que se aprueba el Reglamento que regula la historia clínica en los centros y establecimientos hospitalarios y establece el contenido, conservación y expurgo de sus documentos sanitarios de la Comunidad Autónoma Canaria, BOCC núm. 154, de 08 de agosto de 2005 establece en su art. 6 la obligación de que todos los documentos integrados en la historia clínica incluyan la variable “sexo” del paciente y el art. 12 incluye en el Conjunto Mínimo Básico de Datos (CMBD) la variable “sexo”, y esta aparece definida en el Anexo 46 con las cuatro categorías indicadas.

⁵ Art. 74.2 de la Ley 4/2023 de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2023. Sobre los problemas que esta posibilidad, dependiente del acuerdo concurrente de voluntades de las personas progenitoras, puede generar, sin que la ley haya previsto vías para solucionarlos, *vid.* P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “La identidad de género en el Derecho internacional privado”, *REDI*, vol. 72, 2023 (2), pp. 343-366, esp. pp. 346-348.

⁶ D. COOPER, ‘A Very Binary Drama: The Conceptual Struggle for Gender’s Future’, *feminists@law*, vol. 9, 2019, núm. 1, pp. 11-17. Disponible en: <https://journals.kent.ac.uk/index.php/feministsatlaw/article/view/655>.

impondrá unas pautas de comportamiento, unas reglas de conducta, un arquetipo físico al que ajustarse o una apariencia adecuada, unos anhelos que se consideran propios de personas a las que se les asignó ese sexo, incluyendo los socialmente aceptables en el plano sexoafectivo. Las miradas que se proyectarán sobre esa persona, la forma en que otras se dirigirán a ella, los epítetos que emplearán...; la práctica totalidad de los intercambios sociales, en suma, estará atravesada por expectativas y experiencias de género. Todo ello conforma el género que se nos asigna e impone socialmente según la previa categorización de nuestro “sexo legal” y que puede coincidir o no con nuestra identidad de género⁷, ya que el género se nos presupone y atribuye de forma automática, sin nuestra participación directa, al momento del nacimiento, sobre la base de la genitalidad y no de nuestra autopercepción.

3. Este trabajo ahonda en las razones que avalan -o incluso imponen- desde un punto de vista legal la introducción de una tercera opción en el marcador de género registral de las personas físicas. Comienza, así, dando cuenta de que lo que ya ha ocurrido en algunos ordenamientos jurídicos extranjeros, y de las normas jurídicas españolas que ya contemplan esta posibilidad a nivel administrativo. Como no está expresamente dispuesta, no obstante, en la normativa estatal civil y registral, continúa con el análisis del marco internacional y estatal de derechos humanos para tratar de responder a la pregunta si el legislador debería establecer dicha posibilidad; o, incluso, si las autoridades registrales deberían admitir toda demanda de rectificación de la mención registral del “*sexo legal*” al tercer marcador sobre la base de una aplicación directa de los estándares actuales de derechos humanos. Porque, en tercer lugar, se pondrá de manifiesto cómo en ciertas situaciones internacionales ya sería obligado que se habilite el tercer marcador en cumplimiento del Derecho internacional privado (DIPr) autónomo (normas de conflicto) o convencional (normas de reconocimiento), y en atención a la jurisprudencia del Tribunal de la Justicia de la Unión Europea (TJUE).

2. El reconocimiento legal del género no binario en Derecho comparado

4. Son ya varios los Estados que garantizan el derecho al reconocimiento legal de las identidades no binarias, con diverso alcance, mediante la habilitación de marcadores de género en la documentación oficial alternativos a las tradicionales casillas de ‘hombre’ y ‘mujer’.

5. Los pioneros fueron países asiáticos: las cortes supremas de Nepal (en 2007)⁸ e India (en 2014)⁹ reconocieron el derecho de las denominadas *hijras* a obtener y emplear un tercer marcador legal de género; mientras que otros Estados, como Bangladesh¹⁰ y Pakistán (ambos también en 2014)¹¹, adoptaron legislación en tal sentido.

⁷ El concepto de identidad de género se define por la Comisión Internacional de Juristas en los Principios de Yogyakarta de 2007 –definición ampliamente aceptada y asumida en todos sus informes por los organismos de Naciones Unidas– como “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el [...] asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida)”.

⁸ Sentencia de la Corte Suprema de Nepal núm. 917-2064, de 21 de diciembre de 2007, *Sunil Babu Pant et al. c. Gobierno de Nepal*. <https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/nepsc/2007/en/149211>

⁹ Sentencia de la Corte Suprema de la India de 15 de abril de 2014. *NALSA c. Union of India*, disponible en <https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/indsc/2014/en/98865>.

¹⁰ *Hijras* serían fundamentalmente personas transgénero, pero también abarca las intersexuales, y todas las que desafían la rigidez del sistema binario. Sobre la regulación de Bangladesh y el estatus socioeconómico y cultural de las *hijras* en este Estado, vid. A.S. DAIZESA y E. MASUN, “Exploring the Socio-economic and Cultural Status of Third Gender Community in Bangladesh”, *Jagannath University Journal of Arts*, vol. 9, núm.2, 2019, pp. 181-192.

¹¹ La *Transgender Persons (Protection and Rights) Act* de 24 de mayo de 2018 (disponible en inglés en <https://lpr.adb.org/resource/transgender-persons-protection-and-rights-act-2018-pakistan>).

6. También se ha superado el binarismo como sistema de asignación y determinación legal del género en algunos territorios de Australia¹² y en Nueva Zelanda¹³.

7. Dentro de la Unión Europea, el reconocimiento de una opción no binaria en la documentación oficial se produjo por vez primera en Malta, en 2015¹⁴. Dos años más tarde, fruto de litigio estratégico impulsado por activistas intersex, se reconoció el derecho a la identificación legal con un marcador de género no binario, en sede constitucional en Alemania¹⁵ y poco después en Austria¹⁶ y, por tribunales ordinarios, en los Países Bajos¹⁷. Este derecho en Alemania se ha extendido posteriormente a personas trans no binarias¹⁸, que es para quienes ha reconocido el derecho al tercer marcador la *Cour Constitutionnelle* de Bélgica¹⁹, y para quienes también se ha habilitado en Dinamarca²⁰. Sin embargo, el Tribunal Constitucional italiano, citando a este respecto una decisión del Tribunal Supremo del Reino Unido²¹ ha rechazado

¹² Como, entre otros, en el Territorio de la Capital Australiana, con arreglo a la Ley de Modificación del Registro de Nacimientos, Defunciones y Matrimonios de 2014 (disponible en https://www.accesscanberra.act.gov.au/app/answers/detail/a_id/1804); en Victoria, según el art. 7A del Reglamento del Registro de Nacimientos, Defunciones y Matrimonios modificado el 30 de junio de 2017 (<https://www.bdm.vic.gov.au/change-your-record/change-the-record-of-sex>); en Tasmania, de conformidad con la Ley de Justicia y Legislación Relacionada (Enmiendas de Matrimonio y Género) de 10 de abril de 2019 (<https://www.legislation.tas.gov.au/view/html/inforce/current/act-2019-028>); y en el Territorio del Norte, donde, los arts. 2 y 4A del Reglamento de Registro de Nacimientos, Defunciones y Matrimonios obligan indicar el “sexo” en el certificado de nacimiento y, desde su modificación en el año 2018, aceptan “no binario” y “no especificado” (<https://nt.gov.au/law/bdm/apply-to-change-your-sex-or-gender-on-a-birth-certificate>). En Nueva Gales del Sur, el 2 de abril de 2014, la sentencia del High Court de Nueva Gales del Sur, en el caso *NSW Registrar of Births, Deaths, and Marriages v. Norrie* afirmó que “*el género de una persona no es en todos los casos inequívocamente masculino o femenino*” por lo que las personas tienen derecho a inscribir su marcador de género en el Registro Civil como “no específico” <https://www.nsw.gov.au/family-and-relationships/change-sex-on-birth-certificate>.

¹³ Sección 24 de la *Births, Deaths, Marriages, and Relationships Registration Act 2021* (en su versión de 2025), disponible en <https://www.legislation.govt.nz/act/public/2021/0057/latest/whole.html>.

¹⁴ *Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act* de 2015 disponible en <https://legislation.mt/eli/cap/540/eng/pdf>. Vid. N. SCIBERRAS DEBONO, “Malta’s Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act — A Shift from A Binary Gender To A Whole New Spectrum?”, *Elsa Malta Law Review*, ed. V, 2016, disponible en <https://mt.elsa.org/emlr/edition-v>.

¹⁵ El 10 de octubre de 2017, el Tribunal Constitucional Federal Alemán dictó la sentencia núm. 1 BvR 2019/16, que declaró inconstitucional el art. 21(1)3 PSG (*Personenstandsgesetz* o Ley del estado civil), aduciendo que, al exigir que el certificado de nacimiento registrara el marcador de sexo bajo las categorías “varón” o “mujer”, se producía una discriminación contra las personas “intersex o diversas”, definidas en la sentencia como aquellas “*cuyo desarrollo sexual se desviaba de estas categorías o que permanentemente no se identificaran con ninguna de ellas*”. Siguiendo las directrices de este tribunal, en diciembre de 2018, el Parlamento alemán aprobó el Decreto No. 48 que añadió dos nuevos incisos, el §22(3) y el §45b, a la Ley del Estatuto Personal de 2007, en virtud de los cuales se puede modificar el marcador a “mujer”, “hombre”, “diverse” o eliminar el marcador de género. La sentencia está disponible en inglés en https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Decisions/EN/2017/10/rs20171010_1bvr201916en.html.

¹⁶ El origen de la norma es también jurisprudencial: vid. Sentencia de 15 de junio de 2018 del Tribunal Constitucional austriaco, No. G 77/2018, VfGH G 77/2018 y J. GESLEY, “Austria: Court Allows Intersex Individuals to Register Third Gender Other Than Male or Female”, 2018, disponible en <https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2018-07-06/austria-court-allows-intersex-in-dividuals-to-register-third-gender-other-than-male-or-female/>.

¹⁷ El origen estaría en la Sentencia del *Rechtsbank Limburg* de 28 de mayo de 2018 [FRA (2015), 4-5], que confirmó el Tribunal de Ámsterdam, en su Sentencia núm. 3732/2021.

¹⁸ Sobre la *ley trans* alemana, por todos, R. MIQUEL SALA, “Identidad de género y tercer género en Alemania: novedades y desafíos tras la nueva Ley de autodeterminación”, en P. JIMÉNEZ BLANCO e I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, *Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza de personas y familia*, Colex, 2024, pp.124-148.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional belga núm. 99/2019, de 19 de junio, disponible en https://www.stradalex.com/fr/sl_src_publ_jur_be/document/cconst_2019-99. La Cour de cassation se refiere a las inconsistencias y lagunas de la ley belga sobre el derecho de autodeterminación, al no contemplar ni a las personas no binarias ni a las de género fluido. Sobre la sentencia y sus posibles consecuencias, vid. G. WILLEMS, “Le genre non binaire et fluide consacré par la Cour constitutionnelle: faut-il flexibiliser ou abolir l’enregistrement civil du sexe? (obs. sous Cour const. (b.), arrêt no 99/2019, 19 juin 2019), *Rev. trim. dr. h.*, núm. 124, 2020, pp. 895-920.

²⁰ <https://www.equaldex.com/log/11353>.

²¹ Sentencia de 15 de diciembre de 2021 *Elan-Cane, R (on the application of) v The Secretary of State for the Home Department & Anor* [2020], EWCA Civ 363, disponible en <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2020-0081>.

reconocer el género no binario²², acogiendo también en parte los argumentos del TEDH en *Y. c. Francia*²³. Volvemos más adelante sobre esta decisión (§ 25).

8. En otros países del continente europeo, como en Islandia, la obtención de un marcador legal de género “*indeterminado*” cabe tanto para personas intersex como para personas trans no binarias²⁴.

9. En América se han habilitado marcadores no binarios en países como Argentina²⁵, Brasil²⁶, Canadá²⁷, Chile²⁸, Colombia²⁹, Costa Rica³⁰, México (en la Ciudad de México)³¹, y también se podía emplear en algunos Estados de los Estados Unidos de América³², antes del reciente Decreto del presidente Trump³³.

10. El único Estado africano que por el momento dispone de la opción no binaria es Marruecos³⁴.

²² Frente a lo que afirma J. RODRÍGUEZ RODRIGO en *El matrimonio y la pareja de hecho internacionales: regulación y jurisprudencia, europea y de producción interna española. Problemas y soluciones*, Coruña, Colex, 2025, p. 55. La Sentencia de la Corte Costituzionale italiana, de 23 de julio de 2024 está disponible en <https://www.cortecostituzionale.it/scheda-pronuncia/2024/143>.

²³ STEDH de 31 de enero de 2023, *Y. c Francia*, núm. 76888/17, ECLI:CE:ECHR:2023:0131JUD007688817.

²⁴ Vid. art. 6 de la *Act on Gender Autonomy 80 /2019 as amended by Act 159/2019, 152/2020 and 154/2020* https://www.government.is/library/04Legislation/Act%20on%20Gender%20Autonomy%20No%2080_2019.pdf. Vid. D. ALAATINOGLU, “Intersex Rights in the Icelandic Gender Autonomy Act”, 2022, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4252270>.

²⁵ Decreto núm. 476/2021, de 20 de julio de 2021, disponible en <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-476-2021-352187>.

²⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo núm. 24835 de 28 de septiembre de 2021, disponible (en portugués) en <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=15054270&cdForo=0>.

²⁷ <https://database.ilga.org/leyes-identidad-de-genero>.

²⁸ En su Sentencia de 2 de agosto de 2022, la Corte de Apelaciones de Santiago reconoció el derecho de la persona recurrente al registro con un marcador de género no binario (“X”) y ordenó al Registro Civil rectificar el acta de nacimiento para incluir el marcador. La nota de prensa oficial sobre esta sentencia se puede consultar en: [https://database.ilga.org/api/downloader/download/1/CL%20-%20JUD%20-%20Court%20of%20Appeals%20of%20Santiago%20on%20non-binary%20gender%20identity%20-%20OR\(es\).pdf](https://database.ilga.org/api/downloader/download/1/CL%20-%20JUD%20-%20Court%20of%20Appeals%20of%20Santiago%20on%20non-binary%20gender%20identity%20-%20OR(es).pdf).

²⁹ Según el procedimiento recogido en el Decreto 1227 de 2015 relacionado con el trámite para corregir el componente sexo en el Registro del Estado Civil, que fue modificado por la sentencia T-033/22 de la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia, de 4 de febrero de 2022 que ordenó incluir la posibilidad de reconocer registralmente la opción de género “no binario”. La sentencia se puede consultar en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/t-033-22.htm>.

³⁰ El Decreto núm. 43.538-MGP del Presidente y del Ministro de Gobernación y Policía modificó el artículo 7 del Reglamento para el Reconocimiento del Derecho a la Identidad Sexual y de Género para Personas Extranjeras. Este artículo afirma ahora que “*l/a persona que opte por el reconocimiento de su identidad de género podrá modificar la referencia al género consignada en el DIMEX por masculino (M), femenino (F), no binario (X) o no indica (N/I), sin objeción o validación alguna por parte del personal de la Dirección General de Migración y Extranjería. La decisión que resuelva la solicitud deberá estar basada únicamente en el consentimiento libre e informado*”.

³¹ El art. 4 de la Ley para el Reconocimiento y la Atención de las Personas LGBTIAA+ de Ciudad de México se reformó el 25 de febrero de 2025 para posibilitar el reconocimiento de la identidad de género de todas las personas, independientemente de su adscripción e identificación a las categorías tradicionales de masculino o femenino. La reforma ha sido publicada en la *Gaceta Oficial de la Ciudad de México* de 31 de marzo de 2025: https://extbox.iberio.mx/portaldocentes/url/20_1_33_14984_X.pdf

³² El 31 de marzo de 2022, el Departamento de Estado de Estados Unidos anunció que “[a] partir del 11 de abril, los ciudadanos de EE.UU. podrán seleccionar una X como marcador de género en su solicitud de pasaporte, y esta opción estará disponible para otros tipos de documentación el año que viene”. Este comunicado se podía consultar en <https://www.state.gov/x-gender-marker-available-on-u-s-passports-starting-april-11/>.

³³ El 20 de enero de 2025, coincidiendo con su toma de posesión, promulga el Decreto “Defending Women from Gender Ideology Extremism and Restoring Biological Truth to the Federal Government”, por el que declara que solo hay una verdad biológica (binaria) sobre el sexo, y que este es inmutable, negando con ello la existencia de las personas intersex y borrando de un plumazo los derechos de las personas trans. El decreto está disponible en <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/01/defending-women-from-gender-ideology-extremism-and-restoring-biological-truth-to-the-federal-government/>.

³⁴ La Ley núm. 36.21 modificó, en 2021, la Ley del Estado Civil para incluir la posibilidad de reconocer o solicitar un “tercer género” en el Registro Civil, para las personas intersex: <https://h24info.ma/maroc/lessentiel-du-projet-de-loi-sur-la-reforme-de-letat-civil/>

3. El tercer marcador en el Derecho español

11. En el Estado español existen ya diversas normas que regulan –a diferentes niveles administrativos– la obligación, o al menos la posibilidad, de reconocer y expedir documentación administrativa con un tercer marcador de género –diferente al de hombre o mujer– para personas de género no binario.

12. En primer lugar, en la expedición de los pasaportes de lectura mecánica, el Estado español debería incluir en el apartado correspondiente al sexo legal, junto con los marcadores “F” y “M”, el “X”, toda vez que la normativa internacional de aplicación faculta a los estados para que los datos personales relativos al género de las personas puedan hacerse constar con esa triple posibilidad. Así lo establece el documento 9301 de la OACI³⁵, al que remite expresamente el Reglamento (CE) 2252/2004 de 13 de diciembre de 2004 sobre normas para las medidas de seguridad y datos biométricos en los pasaportes y documentos de viaje³⁶. En esta línea, el Reglamento (UE) 2021/1057, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de junio de 2021, por el que se establece el Fondo Social Europeo Plus (FSE+) y por el que se deroga el Reglamento (UE) 1296/2013, dispone en su Anexo I y II, donde enumera los indicadores comunes relativos a las acciones del Fondo Social Europeo Plus, que “*todos los datos personales deberán desglosarse por género («masculino», «femenino» o «no binario» (1)*”.

13. A nivel infraestatal, diversas Comunidades Autónomas permiten solicitar la expedición de documentación administrativa –sanitaria, escolar, universitaria, de transportes, bibliotecas o de cualquier servicio– con un marcador de género no binario: en concreto, hasta la fecha, Canarias³⁷, La Rioja³⁸, Navarra³⁹, la Comunidad Valenciana⁴⁰ y Cataluña⁴¹.

³⁵ Organización de Aviación Civil Internacional, Documento 9301, *Documentos de viaje de lectura mecánica*, disponible en https://www.icao.int/publications/Documents/9303_p4_cons_es.pdf.

³⁶ DOUE núm. 385, de 29 de diciembre de 2004. Este Reglamento dispone en su considerando 3 que en la expedición y contenidos de los pasaportes y documentos de viaje “deben tenerse en cuenta las especificaciones de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), y en particular las establecidas en el documento 9303, sobre documentos de viaje de lectura mecánica”. Pero, además, ya con carácter vinculante, establece en su Anexo, que la “página de datos personales” que tiene que contener el pasaporte o documento de viaje *será conforme* con la parte 1 (pasaportes de lectura mecánica) de dicho documento 9303 de la OACI, y *se expedirá* cumpliendo las especificaciones para pasaportes de lectura mecánica en él establecidas.

³⁷ Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales de la Comunidad Autónoma de Canarias (art. 7), BOE núm. 163, de 09 de julio de 2021.

³⁸ Ley 2/2022, de 23 de febrero, de igualdad, reconocimiento a la identidad y expresión de género y derechos de las personas trans y sus familiares en la Comunidad Autónoma de La Rioja (art. 39.5), BOE núm. 57, de 08 de marzo de 2022.

³⁹ Ley Foral 8/2017, de 19 de junio, para la igualdad social de las personas LGTBI+ de la Comunidad Foral de Navarra (art 44.2), BOE núm. 173, de 21 de julio de 2017.

⁴⁰ El Decreto 102/2018, de 27 de julio, del Consell, de desarrollo de la Ley 8/2017, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género en la Comunitat Valenciana establece en su art. 6.2 que la solicitud de expedición de documentación administrativa de reconocimiento de la identidad de género deberán indicar “*los datos relativos a la nueva identificación de la persona solicitante: el nombre y la identidad de género, que podrá ser mujer, hombre o no binaria, así como si quiere que esta figure en la documentación*”.

⁴¹ El 25 de abril de 2019, el Departament de Treball, Afers Socials i Famílies de la Generalitat de Catalunya aprobó la Instrucció 1/2019, sobre l'adequació dels formularis del Departament a la Llei 11/2014, del 10 d'octubre, per garantir el dret de lesbianes, gais, bisexuals, transgènere i intersexuals (LGTBI) i per erradicar l'homofòbia, la bifòbia i la transfòbia. Esta norma dispone, en su sección IV, que en todos los formularios, tanto en papel como telemáticos que gestionen los órganos, entidades y organismos adscritos a dicho departamento, se modificará el campo existente ‘género’ para “*evitar la actual clasificación e incorporar tres opciones de respuesta: mujer, hombre y no binario*”. Posteriormente, el 15 de marzo de 2022, la Generalitat de Catalunya aprobó el Acord GOV/45/2022, de 15 de març, pel qual s'aprova l'Estratègia per incorporar la referència al no-binarisme, al nom sentit i a la diversitat familiar en els documents administratius i en els sistemes d'informació, i es crea la Comissió Interdepartamental d'Implementació i Seguiment d'aquesta Estratègia, publicado el 17 de marzo de 2022 en el DOGC núm. 8628. Esta norma obliga a todos los departamentos, entidades, organismos y empresas públicas adscritos a la Generalitat catalana que empleen o elaboren documentos administrativos y formularios a que “*modifiquen el campo “género” para incorporar las opciones de respuesta hombre, mujer y no binario*”, debiendo “*incluirse este campo en los formularios y en aquellos otros documentos administrativos en los que sea imprescindible para el objeto de la recolección de datos*”. En ejecución de estas disposiciones legales, el Decret D'Alcaldia S1/D/2020-909, de 22 de octubre de 2020, pel qual es garanteix el dret de les persones transsexuals i transgènere i les persones intersexuals a ser tractades i anomenades d'acord amb el nom i el gènere amb els quals s'identifiquen, publicado en el BOPB de 23 de octubre de 2020, dispone, en su artículo 7.2.b), que

Otras leyes regionales como las de Aragón⁴² o País Vasco⁴³ se limitan a hacer mención de las personas no binarias y del deber de la administración de reconocer y respetar su identidad. Por su parte, la Consejería de Igualdad de la Junta de Andalucía anunció en 2021 que adaptaría todos sus formularios administrativos a las identidades de género no binarias⁴⁴.

14. A lo expuesto se ha de agregar la fundamental Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sección 4ª, Contencioso Administrativo)⁴⁵, en la que reconoció, por primera vez en nuestro Estado, el derecho de una ciudadana germane intersex a que se modificara su inscripción legal del campo ‘*sexo/género*’ en el Registro Central de Extranjeros del Ministerio de Interior, de forma que indicara “X” o “indeterminado”, tal como figuraba en su pasaporte alemán⁴⁶. Como consecuencia de esta decisión, la Dirección General de Migraciones del Gobierno de España anunció en enero de 2024 la modificación de 24 formularios en trámites de su competencia para incorporar la opción “X” en la casilla “Sexo”⁴⁷. Desde marzo de 2024 es posible acceder a los formularios ya modificados en la web del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones⁴⁸.

II. La obligación de establecer el marcador no binario desde una perspectiva de derechos humanos

1. La identidad no binaria en el *soft law*

15. Tras numerosos intentos fallidos de incorporación de los derechos de las personas LGBTIQ+ a la agenda de los organismos de derechos humanos en general y en la Naciones Unidas en particular, tales derechos comienzan a tomarse en consideración a partir de los años 90, con diversos dictámenes del Comité de Derechos Humanos, y a reflejarse en textos, primero externos a las instituciones como la Declaración de Montreal o los Principios de Yogyakarta⁴⁹, y posteriormente de las propias Naciones Unidas.

16. Con el primer texto adoptado en la historia a favor del reconocimiento de los derechos humanos de la comunidad LGBTIQ+, la Resolución del Consejo de 14 de julio de 2011⁵⁰, se encarga a la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (‘ACNUDH’) un informe, que

cualquier instancia, solicitud y formulario utilizados para la recogida de datos que incluyan un campo sobre el dato relativo al género de la persona, deben incorporar, junto con las opciones de respuesta “hombre” y “mujer”, “no binario”.

⁴² La exposición de motivos de la Ley 4/2018, de 19 de abril, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad Autónoma de Aragón, BOE núm. 131, de 30 de mayo de 2018, afirma que “*las personas trans no son, sin embargo, un colectivo homogéneo, ni en sus pretensiones respecto a la manifestación de su identidad en el campo social ni en sus requerimientos de asistencia, por lo que no procede imponer itinerarios únicos o modelos estereotipados de identidad que puedan convertirse, a su vez, en vulneraciones de los derechos de dichas personas, considerando, así mismo, la existencia de las personas no binarias con comportamientos de género fluido o no normativo*”.

⁴³ La Ley 4/2024, de 15 de febrero, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas trans (BOE núm. 64, de 13 de marzo de 2024) se refiere expresamente a las identidades trans no binarias como identidades protegidas en su art. 36.4.i), al afirmar “el departamento competente en materia de educación y los centros educativos impulsarán una reflexión sobre segregación de espacios [...] para garantizar el respeto de los derechos de las personas no binarias”.

⁴⁴ D. CELA, “Andalucía ultima modificar todos los formularios de la Administración para incluir a personas no binarias e intersexuales”, *eldiario.es*, 8 de marzo de 2021, disponible en <https://cutt.ly/YbE3Gkn>. Anteriormente la Junta había ensayado esta posibilidad incluyendo la casilla “Otros” en un impreso.

⁴⁵ Sentencia núm. 83/2023, de 23 de enero, ECLI:ES:TSJAND:2023:792. *Vid.* Comentario de P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *REEI*, núm. 46, 2023, pp. 623-628.

⁴⁶ Sobre esta sentencia volvemos *infra*, § 25.

⁴⁷ J. RAMAJO, “España habilitará la tercera casilla de sexo “indefinido” para personas no binarias en la documentación de extranjeros”, *eldiario.es*, 17 de enero de 2024, disponible en <https://cutt.ly/fw1NXd3X>.

⁴⁸ España, Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, “Modelos Generales”, disponible en <https://cutt.ly/5w1NCw3X>.

⁴⁹ J.T. ÁLVAREZ, *La orientación sexual y la orientación de género en el Derecho internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2025, pp. 129-158.

⁵⁰ Consejo de Derechos Humanos (CDH), “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, Resolución aprobada el 14 de julio de 2011, A/HRC/RES/17/19.

publica pocos meses después. En este informe ya recomienda a los Estados que faciliten “*El reconocimiento legal del género preferido por las personas trans y dispongan lo necesario para que se vuelvan a expedir los documentos de identidad pertinentes con el género y el nombre preferidos, sin conculcar otros derechos humanos*”⁵¹. Esta recomendación, formulada en términos lo suficientemente amplios como para entender que trasciende el tradicional binarismo hombre-mujer, se desarrolla en 2016, cuando en el documento “Vivir libres e iguales” se incluye un epígrafe 6.2 titulado “Reconocer y proteger los derechos de las personas de género no binario”, en el que se indica expresamente que los Estados “*Tienen la responsabilidad de proteger, respetar y satisfacer los derechos humanos de todas las personas independientemente de su identidad de género, incluidos aquellos con identidades de género no binarias que no se identifican ni con la identidad «masculina» ni con la «femenina»*”⁵².

17. Ese mismo año (2016), el Consejo de Derechos Humanos crea la figura del Experto Independiente de Naciones Unidas sobre la orientación sexual y la identidad de género⁵³, como respuesta a la violencia y discriminación basada en estas características que sufren muchas personas en todo el mundo. Dos años después, el Experto defiende un informe ante la Asamblea General de la ONU, en el que insta a los Estados a que, por todos los medios apropiados y pertinentes a su disposición, establezcan procedimientos que, entre otros extremos, admitan y reconozcan las identidades no binarias⁵⁴.

18. Este principio y obligación por parte de los Estados también se recoge en los Principios de Yogyakarta +10, cuyo Principio 31, titulado “*Derecho al reconocimiento legal*”, advierte que, mientras el sexo y el género continúen siendo registrados, los Estados deben “*tener disponibles múltiples opciones de marcadores de género*”⁵⁵.

19. En el sistema europeo de derechos humanos, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (PACE) adopta la Resolución 2048 (2015) el 22 de abril de 2015, sobre *Discriminación de las personas transexuales en Europa*, en la que insta a los Estados miembros a considerar la inclusión de una opción de tercer género en los documentos de identidad para quienes lo soliciten⁵⁶. Posteriormente, volvería a pronunciarse sobre este asunto en una Resolución de 2017, centrada en las personas intersex⁵⁷. Recordando su Resolución 2048, destaca la importancia crucial de que la ley garantice el reconocimiento legal de la identidad de género de las personas intersex que, además, no se identifiquen ni como hombre o ni como mujer, a través de procedimientos sencillos y basados únicamente en la autodeterminación. Concretamente, señala (7.3.3) que “*se debe garantizar, cuando las autoridades usen clasificaciones basadas en el género, que exista un abanico de opciones disponibles para todas las personas, incluidas las personas intersexuales que no se identifican ni como hombre ni como mujer*”.

⁵¹ ACNUDH, “Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género”, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, de 17 de noviembre de 2011, A/HRC/19/41.

⁵² ACNUDH, “Vivir libres e iguales”, Nueva York/Ginebra, 2016, HR/PUB/16/3, p. 99.

⁵³ CDH, “Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género”, Resolución 32/2, de 15 de julio de 2016, A/HRC/RES/32/2.

⁵⁴ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género* 12 de julio de 2018, A/73/152.

⁵⁵ “*Toda persona tiene el derecho al reconocimiento legal sin referencia a, o sin requerir o revelar, el sexo, género, orientación sexual, identidad de género, expresión de género o características sexuales. Toda persona tiene el derecho de obtener documentos de identidad, incluyendo certificados de nacimiento, con independencia de la orientación sexual, identidad de género, expresión de género o características sexuales. Toda persona tiene derecho a cambiar la información respecto de su género en tales documentos cuando dicha información se consigne en los mismos.*”

⁵⁶ Vid. J.M. MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, “La identidad de género en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *AFD*, vol. XXXVIII, 2022, pp. 105-136.

⁵⁷ Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Resolución 2191 (2017) de 12 de octubre de 2017, *Promoting the human rights of and eliminating discrimination against intersex people*. Disponible en: <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=24232>.

20. A mayores, en junio de 2022, el *Steering Committee* contra la Discriminación, Diversidad e Inclusión del Consejo de Europa publicó su Informe Temático sobre el Reconocimiento Legal del Género en Europa⁵⁸. Este documento, que recuerda las obligaciones de los Estados en relación con la lucha contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género, recomienda que “74. *Con el fin de capitalizar la experiencia existente de algunos Estados miembros con respecto a la LGR de las personas no binarias, de género diverso e intersexuales, los Estados miembros han de facilitar el debate inclusivo sobre este tema, y revisar, entre otras cosas, la necesidad de marcadores de sexo/género en los documentos oficiales de identidad y de otro tipo.*”

21. El 28 de junio de 2023, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) adopta su Recomendación Política General Núm. 17, sobre la prevención y lucha frente a la intolerancia y la discriminación contra las personas LGBTI⁵⁹. Siguiendo las recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria, la ECRI también se pronuncia entonces sobre la necesidad de que los Estados europeos reconozcan legalmente las identidades no binarias en lo que respecta a personas intersexuales (párr. 24) y, en general, introduzcan categorías de género adicionales, revisando la necesidad de incluir marcadores de género en documentos de identidad, seguridad social y otros documentos públicos” (párr. 29).

22. En marzo de 2024, la Comisaria de Derechos Humanos del Consejo de Europa publica un informe titulado “*Derechos Humanos e identidad y expresión de género*”⁶⁰, entre cuyas recomendaciones reitera la necesidad de incluir un tercer género en todos los documentos públicos (recomendación clave 5).

23. Asimismo, en su “Estrategia de Igualdad LGBTIQ 2020-2025”, la Comisión Europea destaca específicamente, dentro de su tercer pilar de acción ‘*Construir unas sociedades inclusivas para las personas LGBTIQ*’, la necesidad de “3.3. Mejorar el reconocimiento de las identidades trans y no binaria y de las personas intersexuales (...)”, a cuyo fin se propone fomentar “el intercambio de las mejores prácticas entre los Estados miembros acerca del modo de introducir legislación y procedimientos accesibles para el reconocimiento jurídico del género con arreglo al principio de autodeterminación y sin límites de edad (...) y fomentar la concienciación sobre las identidades trans y no binarias y las personas intersexuales, y promover la inclusividad en todas las acciones y todos los procedimientos pertinentes, también en el seno de la Comisión”⁶¹. Paralelamente, este documento también pone de manifiesto que “[la Comisión] presta especial atención a la diversidad de las necesidades de las personas LGBTIQ y a las más vulnerables, incluyendo las experiencias de las personas trans, no binarias e intersexuales, que se encuentran entre los grupos menos aceptados de la sociedad y que, por lo general, experimentan un grado de discriminación y violencia mayores que otros grupos de las comunidades LGTBIQ”.

2. Garantía del derecho a la identidad

24. Conforme a lo señalado hasta este punto, el reconocimiento de las identidades no binarias tiene ya cierto reflejo en algunas disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico y se ha considerado

⁵⁸ Council of Europe, Steering Committee on Anti-Discrimination, Diversity and Inclusion, *Thematic Report on Legal Gender Recognition in Europe, First thematic implementation review report on Recommendation CM/Rec(2010)5 of the Committee of Ministers to member states on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity*, June 2022. Disponible en: <https://rm.coe.int/thematic-report-on-legal-gender-recognition-in-europe-2022/1680a729b3>. El informe deriva del mandato contenido en el *First thematic implementation review report on Recommendation CM/Rec(2010)5 of the Committee of Ministers to member states on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity*.

⁵⁹ Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, *Recomendación Política General Núm. 17, sobre la prevención y lucha contra la intolerancia y la discriminación contra las personas LGBTI*, 28 de junio de 2023, disponible en <https://cutt.ly/CwN8goWm>.

⁶⁰ Consejo de Europa, Comisaria de Derechos Humanos, “Human Rights and Gender Identity and Expression”, marzo de 2024, disponible en <https://cutt.ly/Rw0Ct6Pg>.

⁶¹ Comisión Europea, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, “Union of Equality: LGBTIQ Equality Strategy 2020-2025”*, COM(2020) 698 final, de 12 de noviembre de 2020.

obligado por la jurisprudencia española (a los efectos antes indicados: *supra* párrafo 14) y (con carácter más general) por diversos instrumentos de *soft law* de los sistemas internacionales y regionales de protección de derechos humanos. Aceptar que la dignidad y el libre desarrollo son fundamentos del orden político y de la paz social implica reconocer que el pluralismo identitario no es una amenaza, sino una condición de legitimidad democrática. No en vano, en varios Estados europeos (Alemania, Austria, Países Bajos o Islandia) esta interpretación ha conducido a reconocer el marcador registral no binario (“X”) o a suprimir la obligación de elegir entre “hombre” o “mujer”. Del mismo modo que en estos Estados se ha considerado obligado en aras de garantizar el derecho a la identidad, en el nuestro existe una obligación positiva derivada de los artículos 10 y 18 de la CE y del artículo 8 del CEDH.

25. El artículo 8 CEDH, cuando regula el derecho al respeto a la vida privada, incluye una vertiente positiva: resulta obligado para los Estados habilitar procedimientos claros, rápidos y gratuitos para materializar el reconocimiento legal de la identidad de género de las personas⁶²; un reconocimiento, además, basado en la autodeterminación del género, ya que la libertad de definir la propia identidad de género es uno de los elementos esenciales más básicos de las personas⁶³. La inexistencia de marcador no binario, de hecho, constituiría una vulneración de los derechos de las personas no binarias⁶⁴.

26. El artículo 10.1 CE, en la medida en que proclama que “*la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad son fundamento del orden político y de la paz social*”, se ha interpretado tradicionalmente como una cláusula general de apertura de los derechos fundamentales; un principio inspirador, antes que un mandato normativo⁶⁵. Sin embargo, como hemos indicado, una lectura actualizada de su contenido exigiría al Estado el reconocimiento jurídico de identidades no binarias, lo que incluye la creación de un marcador de tercer género o una categoría registral no binaria. Esta obligación vendría derivada de la citada evolución del Derecho internacional de los derechos humanos y de la propia jurisprudencia constitucional, tal y como desarrollamos a continuación.

27. El TC ha declarado reiteradamente que la dignidad es un valor jurídico fundamental, íntimamente vinculado con la autodeterminación personal y el respeto de los demás⁶⁶, y que “*(la dignidad de la persona) constituye una cualidad ínsita a la misma, que por tanto corresponde a todo ser humano con independencia de sus concretas características particulares*”⁶⁷. Es decir, uno de los elementos nucleares de la dignidad de la persona es la propia autodeterminación y la pretensión de respeto a esta autodeterminación que conlleva por parte de los demás. No es solo que el derecho a la identidad esté

⁶² SSTEDH de 16 de julio de 2020, *Rana c. Hungría*, núm. 40888/17, ECLI:CE:ECHR:2020:0716JUD004088817; de 17 de enero de 2019, *X c. la Antigua República Yugoslava de Macedonia*, núm. 29683/16, ECLI:CE:ECHR:2019:0117JUD002968316 (§§ 31-32, 70-71); y de 19 de enero de 2021, *X e Y c. Rumanía*, núms. 2145/16 y 20607/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0119JUD000214516 (§157).

⁶³ Entre otras, STEDH de 12 de junio de 2003, *Van Kück c. Alemania*, núm. 35968/97, ECLI:CE:ECHR:2003:0612JUD003596897.

⁶⁴ Así lo ha indicado el TEDH en la citada *Y c. Francia*, *cit.*, por más que luego estime que la vulneración, en el caso en concreto perpetrada por la negativa francesa a reconocer a una persona intersex su condición no binaria en el registro civil, es proporcional y justificada, acogiendo las disculpas del Estado: acoger ese tercer marcador exigiría -alega- una labor de revisión de todo el sistema basado en el binarismo. Con ello, la sentencia ciertamente puede calificarse de “consecuencialismo social”, ya que anticipa las consecuencias de una decisión para la sociedad, para orientar su sentido: cf. S. CHOLLET, “‘Sex/Gender’ and the Mirage of Non-Binary Identities in the European Court of Human Rights’ Case Law”, *Genlus*, 19 de febrero de 2025, p.11. También críticos con la sentencia, J. MATTIUSI y B. MORON-PUECH, “Cour européenne des droits de l’homme- ‘Sexe neutre à la Cour européenne: l’art du syllogisme inversé?’, *Semaine Juridique Édition Générale*, núm. 7, 20 de febrero de 2023.

⁶⁵ A este respecto, presenta *a priori* una diferencia con la Ley Fundamental alemana, que también recoge este derecho a la dignidad de la persona en su primer artículo, pero agrega un segundo párrafo en el que afirma la obligación de los poderes del Estado a respetarla y protegerla. I. VON MÜNCH, “La dignidad del hombre en el derecho constitucional”, *REDC*, vol. 5, 1982, pp. 9-33, esp. p. 24. Una síntesis de las lecturas del art. 10.1 CE, en G. ROLLA, “El principio de la dignidad humana. Del artículo 10 de la Constitución española al nuevo constitucionalismo iberoamericano”, *Persona y Derecho*, 49, 2003, pp. 227-261.

⁶⁶ Así, por ejemplo, en las SSTC núm. 53/1985, de 11 de abril, *BOE* núm. 119, de 18 de mayo de 1985 y núm. 181/2004, de 2 de noviembre, *id.* núm. 290, de 2 de diciembre de 2004.

⁶⁷ STC núm. 181/2004, de 2 de noviembre, *BOE* núm. 290, de 2 de diciembre de 2004 (*vid.* FJ 14).

implícito en el artículo 10.1 CE, aunque no figure en él de modo expreso; es que constituye un elemento indispensable del libre desarrollo de la personalidad⁶⁸. Del mismo modo, el libre desarrollo de la personalidad se concibe como el derecho de cada individuo a configurar su propio plan de vida sin injerencias injustificadas⁶⁹. Por consiguiente, tanto la dignidad de la persona como el libre desarrollo de la personalidad otorgan a los individuos una “*facultad de autodeterminación respecto de la configuración de la propia existencia que es la base de nuestro sistema de derechos fundamentales (...) En suma, en nuestro ordenamiento constitucional, la libertad individual para la adopción y puesta en práctica autónoma de decisiones personales privadas e íntimas de profunda relevancia vital goza prima facie de protección a través del reconocimiento de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), de los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad, configurados expresamente en la Constitución como “fundamentos del orden político y de la paz social” (art. 10.1 CE), y de los derechos fundamentales íntimamente vinculados a dichos principios*”.

28. En palabras de nuestra jurisprudencia, la identidad de una persona “*se presenta como una realidad fluida, integrada por elementos estáticos y por elementos dinámicos, que en su totalidad permiten individualizar a la persona en sociedad*” y constituye así uno de los centros neurálgicos de la dignidad de la persona, situándose la protección de la identidad, tanto ontológica como jurídica, de la persona “*al más alto nivel ético y jurídico, el más próximo a la vida y por encima incluso de todos los otros bienes y valores y derechos fundamentales en tanto que es presupuesto lógico e imprescindible de los mismos*”⁷⁰. Y la identidad de género, siempre según el TC, es una característica personal y una vivencia interna que conforma uno de los elementos esenciales identitarios que definen el derecho a la autodeterminación personal, o el derecho a desarrollar, con pleno respeto a la dignidad humana, la propia identidad personal⁷¹. En su sentencia más reciente, el TC incluso reconoce expresamente –*obiter dictum*– la existencia de las personas no binarias, integrándolas dentro del término “*personas trans*” y señalando que este concepto hace referencia a una identificación personal englobada por la noción de identidad de género, que merece especial protección por su estrecha relación con los derechos contenidos en el artículo 10 de la CE⁷².

29. Como hemos afirmado anteriormente, aunque en su concepción inicial la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad responden a una concepción liberal del individuo, centrada en la autonomía negativa frente al poder público, en el contexto contemporáneo exigen que su garantía no se limite a la mera no interferencia, sino que deben interpretarse como exigencias positivas de reconocimiento jurídico. El artículo 10 CE debe operar como una cláusula de mandato dirigida al legislador, que debe garantizar que el Derecho positivo refleje la diversidad de la condición humana y permita la consolidación legal de las realidades sociales y materiales que vive y experimenta la ciudadanía.

30. La ausencia de una categoría registral no binaria, en este sentido, no es una mera omisión legislativa, sino una vulneración estructural de los derechos fundamentales de una parte de la población por defecto de protección, en tanto que priva a un grupo de personas del reconocimiento de su identidad, que la CE exige. La legislación española sobre identidad de género no ha avanzado, por tanto, suficiente

⁶⁸ STC núm. 67/2022, de 2 de junio, BOE núm. 159, de 4 de julio de 2022.

⁶⁹ STC núm. 19/2023, de 22 de marzo de 2023, BOE núm. 98, de 25 de abril de 2023.

⁷⁰ Sentencia de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 472/2022, de 14 de noviembre [ECLI:ES:APM:2022:16653].

⁷¹ STC núm. 67/2022, *cit.*

⁷² Establece, en efecto, el párrafo 3º de la STC 67/2022 que “*Acudir al término trans asume un cierto riesgo de imprecisión técnica, porque puede incluir una amplia diversidad de situaciones (transsexuales hombres y mujeres, **personas no binarias**, travestis, queer, personas de género fluido, asexuales, polysexuales, quienes definen su género como «otro»). Pero dado el estado de indefinición actual de muchos de los conceptos asociado al estudio de la identidad de género, a la falta de consenso técnico y jurídico se ha considerado pertinente seleccionar y definir los conceptos que van a servir para dar solución al problema jurídico planteado, sabiendo que esa conceptualización no coincide plenamente con la contenida en las SSTC 176/2008, de 22 de diciembre, y 99/2019, de 18 de julio, que abordaron en su momento diversas cuestiones relacionadas con personas trans*”. La negrita es nuestra.

en la línea de la autodeterminación, especialmente tras la Ley 4/2023, porque seguiría anclada *a priori* en un esquema binario. Ciertamente es que en su artículo 44 esta norma indica que quien desea rectificar la mención registral del sexo debe mostrar su “*disconformidad con el sexo mencionado en su inscripción de nacimiento y [solicitar] que, en consecuencia, se proceda a la correspondiente rectificación*”, por lo que con arreglo a una interpretación evolutiva, teleológica e incluso literal de la norma, en el contexto legislativo nacional e internacional, debería haber la posibilidad de obtener el reconocimiento del marcador de género no binario; en este sentido, el artículo 170.2º RRC, que circunscribe el “sexo legal” a las opciones de ‘hombre’ o ‘mujer’, debería considerarse derogado⁷³.

31. Sin embargo, las autoridades a las que se ha instado a través de la correspondiente solicitud de rectificación de la mención legal del sexo para reconocer un tercer marcador, a resolver en este sentido, han optado por la desestimación: bien por silencio administrativo⁷⁴, bien con denegación expresa de dicha solicitud⁷⁵. Interesantemente, en la única resolución en la que se ha dado respuesta (negativa) al reconocimiento de un tercer género a nivel registral, los principales argumentos ofrecidos son que el RRC (recordemos, adoptado en 1958) sólo recoge la posibilidad de inscribir a la persona como “hombre o mujer”; que “*la ausencia total de referencia en todo el articulado de la Ley a una tercera denominación de sexo parece indicar que la Ley no prevé que pueda darse*”, a pesar de que la Ley 4/2023 no nombra las menciones registrales entre las que se puede solicitar rectificación, ni las circunscribe sólo a la masculina o a la femenina; y que la aplicación informática empleada por la Oficina (del Registro civil de Madrid) posee una imposibilidad técnica que no permite hacer constar dos palabras en la mención registral de sexo legal⁷⁶.

32. Más allá de los peregrinos argumentos ofrecidos por el ERC, esta situación genera una vulneración estructural del principio de dignidad de las personas, pues obliga a ciertas personas a vivir conforme a una identidad impuesta por el Derecho. Como señaló la STC 88/2019, vivir jurídicamente bajo una identidad distinta a la propia supone un “lastre” que condiciona gravemente la posibilidad de desarrollar la personalidad y que puede afectar otros derechos, como la intimidad, al exponer y revelar ante las administraciones públicas y ante terceros –en el ámbito escolar, laboral, deportivo o social– que una persona es transgénero, cuando es perceptible que su identidad registral y social no se corresponden. Si aceptamos esta afirmación, el Estado no puede limitar su deber a reconocer la identidad binaria (hombre/mujer), sino que debe extender la garantía a todas las identidades posibles dentro del espectro humano, incluidas las no binarias. Una persona sólo puede autodeterminarse libremente si el Derecho le ofrece las categorías y los instrumentos necesarios para expresar su identidad. Si, por el contrario, el ordenamiento impone un sistema registral binario (masculino/femenino), que no permite reflejar realidades no binarias, no sólo limita una libertad individual, sino que vulnera el núcleo mismo de la dignidad humana.

33. La CE no protege sólo el derecho a “ser una/o misma/o” dentro de los moldes tradicionales, sino el derecho a existir jurídicamente conforme a la identidad propia y autodeterminada. Por ello, la creación de un marcador de tercer género, el derecho a ser una misma, no debe entenderse como una innovación extravagante o marginal, sino como una consecuencia necesaria del mandato constitucional de respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. Allí donde el Derecho niega la posibilidad de inscribirse como persona no binaria, el art. 10.1 CE se convierte en un argumento de resistencia y transformación.

⁷³ *Vid.* más extensamente *infra*, nota al pie 105.

⁷⁴ Tal como ha sucedido en la Oficina del Registro Civil de Murcia, que desestimó por silencio administrativo la solicitud de 24 de marzo de 2024 de una persona no binaria que buscaba el reconocimiento registral de su identidad de género en dicho registro donde se encontraba inscrita.

⁷⁵ Así consta en la resolución de la encargada de la Oficina General del Registro Civil de Madrid de 14 de febrero de 2024, confirmada por silencio administrativo por la DGSJFP, al no haber dictado resolución en el plazo de seis meses contra el recurso de alzada interpuesto contra la primera resolución.

⁷⁶ Ambas resoluciones se encuentran impugnadas ante la jurisdicción civil por el procedimiento del art. 781 *bis* LEC.

3. Prohibición de discriminación

34. El reconocimiento de las identidades no binarias por parte de las autoridades españolas debe producirse igualmente a la luz de la garantía del derecho a la no discriminación que se recoge en el artículo 14 CEDH, complementado con el artículo 1 del Protocolo n.º 12 al CEDH⁷⁷, y que encuentran su homólogo nacional en el artículo 14 CE y en la Ley 15/2002, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación⁷⁸. Y es que la identidad de género es una característica especialmente protegida por el derecho a la no discriminación, tal y como han puesto de manifiesto tanto el TEDH en *Identoba y otros c. Georgia*⁷⁹ (puntualizando que es una característica diferente a la orientación sexual, en *Sousa Goucha c. Portugal*⁸⁰) como nuestro TC en sentencias como la núm. 176/2008, de 22 de diciembre⁸¹, o la núm. 67/2022, de 2 de junio⁸².

35. Siendo así, cuando una persona no binaria solicita su reconocimiento por parte del Estado español como tal, si tal reconocimiento no tiene lugar, se produce una diferencia de trato discriminatoria y, por tanto, lesiva del derecho fundamental a la igualdad de trato y no discriminación, ya que se dan los criterios que la jurisprudencia europea y nacional disponen a tal efecto.

36. Ciertamente, a la luz de la jurisprudencia del TEDH, se produciría una diferencia de trato discriminatoria, si (a) hay una diferencia de trato originada en relación con una de las categorías protegidas —entre las que se incluye la identidad de género—; y (b) no existe una justificación objetiva y razonable de esa diferencia de trato. Este segundo parámetro obliga a su vez a valorar si: (i) la diferencia de trato persigue una finalidad legítima; y si (ii) los medios empleados —es decir, la diferencia de trato producida— son razonablemente proporcionados a la finalidad que se persigue⁸³.

⁷⁷ Instrumento de ratificación del Protocolo número 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Número 177 del Consejo de Europa), hecho en Roma el 4 de noviembre de 2000, *BOE* núm. 64, 14 marzo 2008. Como es sabido, el Protocolo prohíbe la discriminación en la aplicación de la ley y en el ejercicio de cualquier derecho reconocido por ley, cubriendo los casos en que a una persona se le restringe el disfrute de sus derechos, no sólo por la ley nacional, sino por cualquier práctica de autoridades públicas o entidades privadas ejerciendo funciones públicas, tal como indica el *Informe Explicativo* al Protocolo núm. 12 del Consejo de Europa.

⁷⁸ *BOE* núm. 67, 13 de julio de 2022. El art. 2.1 de esta norma dispone que “se reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal. Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”; y el aptdo. 4 agrega que “las obligaciones establecidas en la presente ley serán de aplicación al sector público” y a “las personas físicas o jurídicas de carácter privado que residan, se encuentren o actúen en territorio español, cualquiera que fuese su nacionalidad, domicilio o residencia”.

⁷⁹ “La prohibición de discriminación del artículo 14 de la Convención cubre debidamente las cuestiones relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género”: § 96 de la STEDH *Identoba y otros c. Georgia*, de 12 de mayo de 2015, núm. 73235/12 (ECLI:CE:ECHR:2015:0512JUD007323512).

⁸⁰ STEDH *Sousa Goucha c. Portugal*, de 22 de marzo de 2016, núm. 70434/12, (ECLI:CE:ECHR:2016:0322JUD007043412) (*vid.* § 27).

⁸¹ *BOE* núm. 21, de 24 de enero de 2009. El TC afirma que “La condición de transexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el art. 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indudablemente una circunstancia incluida en la cláusula ‘cualquier otra condición o circunstancia personal o social’ a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación. Conclusión a la que se llega a partir, por un lado, de la constatación de que la transexualidad comparte con el resto de los supuestos mencionados en el art. 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente arraigada y que ha situado a los transexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra estas personas; y, por otro, del examen de la normativa que, ex art. 10.2 CE, debe servir de fuente interpretativa del art. 14 CE”.

⁸² *BOE* núm. 159, de 4 de julio de 2022. En esta Sentencia, el TC aclara —ante el hecho de que nuestra normativa emplea en algunos supuestos el término identidad sexual y en otros, el de identidad de género— que ambos conceptos jurídicos son análogos y que es preferible el uso del de “identidad de género” ya que este es más ajustado a las definiciones jurídicas de sexo y género y es el término empleado por la normativa internacional.

⁸³ STEDH *Rasmussen c. Dinamarca*, de 28 de noviembre 1984, núm. 8777/79, (ECLI:CE:ECHR:1984:1128JUD00877779) §§ 29-42. El TEDH define como discriminación directa, la diferencia de trato que se establece o se genera de forma explícita

37. El TC ha asumido, en sus particulares términos, esta doctrina del TEDH, indicando que para que una norma o decisión sea discriminatoria se ha de verificar la *existencia de un tratamiento diferenciado*, junto con la *homogeneidad de las situaciones subjetivas que se pretenden comparar*. Y, una vez se verifique este particular –conocido como la existencia de un término de comparación o *tertium comparationis*–, se ha de proceder a analizar si el trato diferenciado posee una justificación objetiva y razonable⁸⁴.

38. Podría afirmarse que la negativa a reconocer legalmente –en la inscripción de nacimiento– la identidad de género de las personas no binarias produce una diferencia de trato⁸⁵ en relación con otros tres grupos de personas (*tertium comparationis*) que se encontrarían en una situación análoga y no serían sometidos a un trato diferenciado. En primer lugar, existe diferencia de trato en relación con la población cisgénero, que sí tiene derecho a ver reconocida registralmente su identidad de género, dado que la mención de sexo registral que se les asigna al nacer se corresponde con su identidad de género y su documentación oficial refleja fehacientemente su identidad. En segundo lugar, también se generaría una diferencia de trato con la población trans binaria, es decir, con las mujeres y los hombres transgénero, que sí que puede modificar su mención registral de sexo de mujer a varón o viceversa y, por tanto, ven reconocida legalmente su identidad de género. En tercer lugar, también se produciría una diferencia de trato en relación con las personas extranjeras no binarias que han rectificado en su país de origen su mención registral de sexo y en cuya documentación de identidad expedida por las autoridades españolas puede constar un tercer género (*vid.* a este respecto, *supra*, § 14). Pero, como más adelante pondremos de manifiesto, es más que posible que resulte obligado también reconocer el tercer género asignado o reasignado a personas españolas con arreglo a ordenamientos de otros EEMM, en cuyo caso la comparación se ampliaría necesariamente también a este cuarto grupo de personas (*vid. infra*, §§ 52-54).

39. Concorre igualmente el segundo requisito impuesto por la doctrina jurisprudencial del TEDH y del TC, la ausencia de una justificación objetiva y razonable, ya que a nuestro entender se dan los dos parámetros que al efecto hay que verificar⁸⁶: que no existe una finalidad legítima que ampare la

exclusivamente con fundamento en una característica protegida y sin estar justificada ni ser proporcional. Para que nos hallemos ante un caso de discriminación directa, esta diferenciación ha de perjudicar exclusivamente a una persona o personas en razón de una característica determinada –por ejemplo, su identidad de género no binaria–, de manera que la víctima de discriminación se encuentre en una situación de analogía con otra que no posee dicha característica –con el mismo ejemplo, que sea cisgénero: en *Burden c. Reino Unido* [GC], de 29 de abril de 2008, núm. 13378/05 (ECLI:CE:ECHR:2008:0429JUD001337805), el TEDH afirmaría (§ 60) que “la discriminación directa describe una diferencia de trato entre personas en situaciones análogas o similares, basada en una característica identificable protegida por el artículo 14 del Convenio”.

⁸⁴ Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 79/2020, de 2 de julio, BOE núm. 207, de 31 de julio de 2020: “[E]l derecho a la igualdad reconocido en el primer inciso del art. 14 CE exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, lo que veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación objetiva y razonable [SSTC 253/2004, de 22 de diciembre, FJ 5; 117/2011, de 4 de julio, FJ 4; 149/2017, de 18 de diciembre, FJ 4, y 91/2019, de 3 de julio, FJ 4 a), entre otras muchas]. Lo que prohíbe el principio de igualdad, en definitiva, son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, de valor generalmente aceptado [STC 91/2019, FJ 4 a)]. El juicio de igualdad, siendo relacional, exige como presupuestos obligados, de un lado, que se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas; de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso. Sólo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia de trato (SSTC 27/2004, de 4 de marzo, FJ 2; 149/2017, de 18 de diciembre, FJ 5; 111/2018, de 17 de octubre, FJ 7, y 85/2019, de 19 de junio, FJ 6)”. *Vid.* también en un sentido análogo la anterior STC núm. 149/2017, de 18 de diciembre (BOE núm. 15, de 17 de enero de 2018).

⁸⁵ STEDH *Varnas c. Lituania*, de 9 de julio de 2013, núm. 42615/06, §112 (ECLI:CE:ECHR:2013:0709JUD004261506): “Para que se plantee una cuestión en virtud del artículo 14, debe existir una diferencia de trato entre personas en situaciones análogas o similares (véase D.H. y otros c. la República Checa [GC], n° 57325/00, § 175 ECHR 2007-iv). 57325/00, § 175, ECHR 2007-IV). El requisito de demostrar una “situación análoga” no significa que los grupos de comparación deban ser idénticos. [...] Debe demostrarse que, habida cuenta de la naturaleza particular de su reclamación, el demandante se encontraba en una situación relevantemente similar a la de otras personas que recibieron un trato diferente (véase la sentencia *Clift*, antes citada, § 66)”.

⁸⁶ STEDH *Belgian Linguistics*, 23 de julio de 1968, núms. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 y 2126/64 (ECLI:CE:ECHR:1968:0723JUD000147462), §10. También, SSTEDH *Molla Sali c. Grecia* [GC], de 19 de diciembre de 2018, núm. 20452/14, §135 (ECLI:CE:ECHR:2020:0618JUD002045214); y *Unal Tekeli c. Turquía*, de 16 de noviembre de 2004, núm. 29865/96 (ECLI:CE:ECHR:2004:1116JUD002986596).

diferencia de trato; y que no hay una relación de proporcionalidad razonable en la diferenciación, examinando los medios empleados a la luz de la finalidad perseguida. No hay ningún interés jurídico legítimo que fundamente esta diferencia de trato o, por lo menos, la administración no ha sido capaz de ofrecer ninguno cuando ha tenido la oportunidad.

40. Pero es que tampoco existe relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad legítima que busca la norma. A este respecto interesa recordar que el margen de apreciación que el TEDH reconoce a los países para establecer distinciones es muy limitado y estrecho cuando estas se producen con respecto a una categoría especialmente protegida, entre las que está incluida la identidad de género. El TEDH, en efecto, obliga a que se aporten razones serias, de gran envergadura, que justifiquen el recurso a una diferencia en base a las mismas⁸⁷. En concreto, el TEDH ha señalado que el margen de apreciación para establecer medidas desiguales al objeto de un fin legítimo sobre la base del sexo, la orientación sexual y la identidad de género es muy reducido⁸⁸.

41. En un sentido análogo, nuestro Tribunal Constitucional ha asumido directamente esta doctrina del TEDH, en sentencias como la de la Sala Segunda núm. 1/2021, de 25 de enero⁸⁹, afirmando que *“en este sentido el Tribunal Constitucional, bien con carácter general en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el art. 14 CE, bien en relación con alguno de ellos en particular, ha venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados respecto de los que operan como factores determinantes o no aparecen fundados más que en los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe, al tratarse de características expresamente excluidas como causas de discriminación por el art. 14 CE (con carácter general respecto al listado del art. 14 CE, SSTC 83/1984, de 8 de febrero, FJ 3; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2, y 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2). No obstante, este tribunal ha admitido también que los motivos de discriminación que dicho precepto constitucional prohíbe puedan ser utilizados excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica (en relación con la raza, STC 13/2001, de 29 de enero, FJ 8), si bien en tales supuestos, el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad, resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación (SSTC 126/1997, de 3 de julio, FJ 8, con cita de las SSTC 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 4; 75/1983, de 3 de agosto, FFJJ 6 y 7, y 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6)”*.

42. Existen otras medidas menos excesivas y desproporcionadas, que ya han sido acordadas por nuestros tribunales, como la ya mencionada (*supra* § 14) en la Sentencia del TSJ de Andalucía núm. 83/2023, de 23 de enero, que obliga al Ministerio de Interior y al resto de administraciones a incluir una tercera casilla con el marcador *“indeterminado”, “X” o expresión equivalente* en el Registro Central de Extranjeros y en los documentos que se expidan a los extranjeros con una identidad de género no binaria reconocida en sus países de origen.

43. Finalmente, en este marco interesa advertir que la existencia de una obligación de los EEMM de conceder cambios en el marcador del sexo legal, incluso cuando su normativa no los contempla, está pendiente de decisión por el TJUE, en el asunto C-43/24 (*Shipov*), a la luz del principio de no discriminación garantizado en el art. 7 CDFUE (y de las libertades de circulación y residencia del art. 45 CDFUE y los arts. 20 y 21 TFUE). El TJUE debe responder si las administraciones estatales encargadas de los registros civiles deben permitir la rectificación del acta de nacimiento para reconocer la identidad de género de las personas, sin establecer requisitos excluyentes, cuando esta no se corresponde con el mar-

⁸⁷ STEDH de 12 de abril de 2006, *Stec y otros c. Reino Unido* [GC], núm. 65731/01 y 65900/01, §§50-53 (ECLI:CE:EC:HR:2006:0412JUD006573101).

⁸⁸ SSTEDH de 28 de mayo de 1985, *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*, núms 9214/80, 9473/81 y 9474/81, §78, (ECLI:CE:ECHR:1985:0528JUD000921480); de 22 de marzo de 2012, *Konstantin Markin c. Rusia*, núm. 30078/06, §127 (ECLI:CE:ECHR:2012:0322JUD003007806); y de 24 de junio de 2010, *Schalk y Kopf c. Austria*, no. 30141/04, §97 (ECLI:CE:ECHR:2010:0624JUD003014104).

⁸⁹ Recurso de amparo 1343/2018. Sentencia publicada en el BOE núm. 46, de 23 de febrero de 2021.

cador de sexo/género asignado al nacer, incluso cuando esas personas no han obtenido el cambio en otro EM (esto es, más allá de lo ya indicado en *Mirin*; vid. *infra* §§ 46 y 52). En sus conclusiones, el Abogado General⁹⁰ se ha posicionado a favor de entender que la garantía de las citadas libertades y del principio de no discriminación se opone “a una normativa nacional que, tal como la interpretan los tribunales nacionales, no permite que el cambio de identidad de género de sus nacionales, incluso sin tratamiento quirúrgico de reasignación de sexo, y el cambio de su nombre y número de identificación personal sean reconocidos jurídicamente y anotados en su acta de nacimiento, cuando de dicha anotación depende la modificación de las declaraciones que figuran en sus documentos de identidad”.

4. Protección de datos personales

44. El mantenimiento de un marcador legal de género que no se corresponden con la realidad social e interpersonal de las personas no binarias infringiría también el derecho garantizado en el artículo 18.4 de la CE a la protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales. El TC, en su Sentencia núm. 94/1998, de 4 de mayo, confirma que este artículo incluye un “derecho fundamental a la protección de datos por el que se garantiza a la persona el control sobre sus datos, cualesquiera datos personales, y sobre su uso y destino, para evitar el tráfico ilícito de los mismos o lesivo para la dignidad y los derechos de los afectados; de esta forma, el derecho a la protección de datos se configura como una facultad del ciudadano para oponerse a que determinados datos personales sean usados para fines distintos a aquel que justificó su obtención”⁹¹. Y la posterior STC núm. 292/2000, de 30 de noviembre⁹², considera el derecho a la protección en el tratamiento de datos “un derecho autónomo e independiente que consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso”. Este derecho, por lo demás, también está reconocido por el artículo 8.1 CDFUE y por el artículo 16.1 TFUE, y el TEDH ha establecido que se trata de un derecho de importancia fundamental, incardinado en el derecho al respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de la correspondencia, garantizado por el artículo 8 del CEDH⁹³.

45. El artículo 16 del RGPD⁹⁴ reconoce al interesado el derecho a obtener de forma inmediata una rectificación de los datos personales que le conciernan y sean inexactos. Y, por su parte, el artículo 4 de la LOPD⁹⁵ establece que “los datos serán exactos y, si fuere necesario, actualizados”, de manera que los responsables del tratamiento de esos datos están obligados, desde el momento en que conozcan dicha inexactitud a “adoptar todas las medidas razonables para que se supriman o rectifiquen sin dilación los datos personales que sean inexactos con respecto a los fines para los que se tratan” (artículo 5.1.d RGPD). En consecuencia, las oficinas del Registro civil, en su condición de responsables del tratamiento de los datos personales relativos a la mención registral de sexo⁹⁶, están obligadas a modificar

⁹⁰ Conclusiones del Abogado General Sr. Jean Richard de la Tour presentadas el 4 de septiembre de 2025, disponibles en <http://curia.europa.eu>

⁹¹ BOE núm. 137 de 9 de junio de 1998.

⁹² BOE núm. 4 de 04 de enero de 2001.

⁹³ Por todas, STEDH de 27 de junio de 2017, *Satakunnan Markkinapörssi Oy y Satamedia Oy c. Finlandia*, núm. 931/13, § 137 (ECLI:CE:ECHR:2017:0627JUD000093113).

⁹⁴ Reglamento (UE) núm. 2016/679 de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, DOUE núm. 119, de 4 de mayo de 2016.

⁹⁵ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018.

⁹⁶ No hay una normativa específica ni una exclusión expresa de la aplicación del RGPD ni de la LOPD a los tratamientos de datos realizados por el Registro Civil, pero el art. 4.7) RGPD define al responsable del tratamiento como “la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento” y el art. 2.3 LOPD afirma que “los tratamientos a los que no sea directamente aplicable el Reglamento (UE) 2016/679 por afectar a actividades no comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea, se regirán por lo dispuesto

la inexactitud de la mención registral de género también cuando lo soliciten las personas no binarias, para adoptar una mención que refleje el *dato exacto y actualizado*, ya que el que consta en el Registro es inexacto, porque no refleja su verdadera identidad.

46. La articulación del derecho al reconocimiento legal de la identidad de género a través del derecho a la protección de datos se está abriendo paso en la jurisprudencia reciente del TJUE. Así, si en *Mirin*, reconoció que “*al igual que el nombre, el género define la identidad y el estatuto personal de una persona [p]or lo tanto, la negativa a modificar y a reconocer la identidad de género [...] puede generar a este graves inconvenientes de orden administrativo, profesional y privado*”⁹⁷, de forma más clara, en la reciente *Deldits* concluyó, en relación con el tratamiento del dato ‘sexo’ en un registro público, que la recogida de este dato “*tiene por objeto identificar a la persona de que se trata*” y que, cuando esta es una de las finalidades del tratamiento, “*ese dato se refiere, pues, a la identidad de género vivida por esta persona, y no a la que le fue asignada al nacer*”⁹⁸.

47. El TJUE ha abordado además el tratamiento de datos relativo al género no binario en la sentencia recaída en el asunto C-394/23, *Mousse*⁹⁹, donde la Corte de la UE entendió que no era compatible con el principio de minimización de datos la inclusión de un campo obligatorio de ‘sexo/género’ en los formularios con solo dos opciones binarias y sin permitir una tercera opción, al existir clientes que no se sentían identificados con ninguna de estas dos opciones de género por ser personas ‘no binarias’ y que estas no representaban adecuadamente su identidad.

III. La obligación de habilitación del marcador no binario en situaciones internacionales

1. Inscripción de personas extranjeras no binarias en registros españoles: las normas de conflicto españolas

48. Como ya indicamos al inicio de este estudio, el TSJ de Andalucía reconoció en 2023 el derecho a la inscripción de una persona intersex alemana en el Registro central de Extranjeros con el marcador legal de sexo “indeterminado”, “X” o expresión equivalente. El Tribunal justificó el sentido del fallo indicando que “*es plenamente asumible que la Administración, cualquiera que sea su ámbito territorial (local, autonómica o estatal) disponga de datos personales de los ciudadanos, incluidos los de países de la Unión Europea, que se correspondan, en el presente caso, con los reales de la identidad sexual (o si prefiere la expresión “identidad de género”, emancipada de la realidad meramente biológica de las personas) (...) Evitar la disparidad de datos personales, acogiendo los que figuran como propios del interesado según su legislación nacional y que sean estos los que consten en los registros españoles, creemos que supone una respuesta acorde con la finalidad de la inscripción, por lo demás obligatoria, y que, si se quiere trasladar al ámbito del derecho internacional privado podríamos decir que equivale a tomar en consideración la ley nacional del interesado como punto de conexión*”.

49. Así pues, el TSJ esencialmente alude al respeto a la identidad de género, a la necesidad de uniformidad en el tratamiento de la identidad de la persona y a lo previsto en su ley nacional para descartar que quepa alegar que, como indicaban “*la sentencia de primera instancia y la Abogacía del Estado (...) la legislación española vigente no admite la mención oficial a otro sexo que no sea el de hombre o mujer (de forma que) no cabe estimar la pretensión de que como tal figure “X”, “indeterminado” o*

en su legislación específica si la hubiere y supletoriamente por lo establecido en el citado reglamento y en la presente ley orgánica”.

⁹⁷ STJUE de 4 de octubre de 2024, *Mirin*, C-4/23, § 55 (ECLI:EU:C:2024:845). Sobre esta sentencia volvemos más adelante: § 52.

⁹⁸ STJUE de 13 de marzo de 2025, *Deldits*, C-247/23, (ECLI:EU:C:2025:172).

⁹⁹ STJUE de 9 de enero de 2025, *Association Mousse contra Commission nationale de l’informatique et des libertés (CNIL)*, C-394/23, (ECLI:EU:C:2025:2).

indicativo semejante (FD Tercero). Pero el TSJ también parece afirmar que la decisión de obligar a que el Registro Central de Extranjeros cuente con la casilla de sexo no binario no se extendería al Registro civil¹⁰⁰. Y, sin embargo, creemos que se equivoca.

50. En el Registro civil español constan los actos y hechos que el artículo 4 de la Ley de Registro Civil (LRC)¹⁰¹ califica como inscribibles, siempre que afecten a nacionales españoles o que tengan lugar en territorio español (art. 9 LRC). El nacimiento se encuentra entre los hechos, de manera que todo nacimiento que tiene lugar en España debe inscribirse; también el de personas extranjeras. Por su parte, el artículo 49 LRC precisa que en la inscripción del nacimiento deben constar, entre otros extremos, el nombre y los apellidos y el sexo de la persona nacida. Y para determinar la normativa que rige unos y el otro, en caso de que esa persona tenga nacionalidad extranjera, el encargado del Registro civil (ERC) está obligado a aplicar de oficio (*ex art. 12.6 Cc*) las normas de conflicto. La que indica cual es la ley reguladora del nombre y los apellidos es el Convenio de Múnich de 1980 sobre ley aplicable al nombre y los apellidos¹⁰², que remite a la ley correspondiente a la nacionalidad de la persona (art. 1). Y aunque para el sexo legal no se ha previsto norma de conflicto específica, la respuesta será la misma: aplicar la ley correspondiente a la nacionalidad, en atención a lo dispuesto con carácter general para “el estado y la capacidad de las personas físicas” en el artículo 9.1 Cc¹⁰³. De esta forma, los elementos determinantes de la identidad de una persona desde el punto de vista del Registro civil se sujetan a la misma ley.

51. Por esta razón resultará obligado habilitar el tercer marcador para indicar un sexo legal no binario cuando se inscriba el nacimiento de personas cuya nacionalidad es de uno de los Estados que contemplan asignarlo a determinadas personas intersex, esto es, a aquellas respecto de las cuales el equipo médico determina la imposibilidad de asignar un marcador entre los binarios¹⁰⁴. La norma del art. 170.2 RRC, que indica que las opciones posibles son (únicamente) “mujer o varón”, debe considerarse limitada a los supuestos meramente internos, al menos en el momento del nacimiento, en que se efectúa la asignación del sexo legal. Porque para las personas intersex españolas respecto de las cuales el equipo médico haya determinado tal imposibilidad de adscripción al sexo legal femenino o masculino, lo que está previsto, como ya indicamos al inicio de este trabajo, es dejar en blanco la correspondiente casilla durante un periodo máximo de un año, transcurrido el cual se debe indicar una de esas dos opciones obligatoriamente (art. 74.2 Ley 4/2023). Pero para las personas extranjeras que con arreglo a su ley nacional tienen marcador “X” o similar (por ejemplo, para Álex, recién nace en un hospital balear, de nacionalidad alemana) como indicaba, debe ser posible inscribir su nacimiento con este tercer marcador¹⁰⁵.

¹⁰⁰ FD 4: “No se trata de que a los efectos del Registro Civil español conste como sexo una mención no admitida por la legislación reguladora del mismo como es el de “indeterminado”, sino, exclusivamente, de que los datos de que disponga la Administración a los efectos de un registro como es el central de extranjeros, sean idénticos a los propios del nacional extranjero solicitante de la inscripción, ciudadano de un Estado de la Unión Europea, y que figura en los registros del país de origen”.

¹⁰¹ Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro civil, BOE núm. 175, de 25 de julio de 2021.

¹⁰² Convenio núm. 19 de la CIEC relativo a la ley aplicable al nombre y los apellidos, hecho en Múnich el 5 de septiembre de 1980, BOE núm. 303, de 19 de diciembre de 1989.

¹⁰³ De la misma idea, P. JIMÉNEZ BLANCO, “La identidad de género en la movilidad transfronteriza: vertientes personal y familiar”, *CDT*, octubre 2024, vol. 16, núm. 2, pp. 985-999, esp. p. 990.

¹⁰⁴ En este sentido también, *ibidem*, p. 987.

¹⁰⁵ No cabe, por tanto, en estos casos, esgrimir un reglamento desfasado (con más de 55 años de antigüedad) y adoptado en un momento histórico en el que las identidades no binarias no habían surgido socialmente como una característica individual protegida. No sólo la terminología de dicho reglamento ha de entenderse superada por el reconocimiento legal que múltiples normas españolas y diversas sentencias –citadas supra– han hecho en los últimos años de la identidad no binaria; sino que los reglamentos *contra legem* se encuentran prohibidos por nuestro sistema jurídico. El Encargado del registro debería, en los supuestos indicados, (i) inaplicar un reglamento contrario a lo que el art. 9.1 Cc dispone (aplicar la ley extranjera que habilita un marcador no binario) en virtud del principio de jerarquía normativa; o bien (ii) interpretar la norma inferior para hacerla compatible con las nuevas leyes y doctrina jurisprudencial posteriores, en virtud del principio de unidad del sistema jurídico. Procedería, por tanto, interpretar esta norma reglamentaria en el sentido de que obliga a inscribir a una persona (al momento de su nacimiento, cuando se desconoce su identidad de género) con un sexo determinado sobre la base del que se le asigna al nacer por los médicos, lo que incluye la posibilidad de dejar en blanco la casilla si la persona es española (art. 74.2 de la Ley 4/2023) y no ha sido designada, como se va a indicar más adelante, de conformidad con la ley de otro EM, con marcador X,

2. Inscripción de personas españolas no binarias en el Registro civil español: la jurisprudencia del TJUE

52. El marcador no binario podría ser obligatorio también para la inscripción del sexo legal de personas con nacionalidad española. Así, en primer lugar, si tienen también la nacionalidad de otro Estado miembro de la UE (EM) con arreglo a cuya ley el marcador de sexo correspondiente es “X” o similar (supongamos, por ejemplo, que Álex ostenta las nacionalidades española y alemana, y se opta por la asignación “X” con arreglo a la ley alemana): la proyección de la jurisprudencia *García Avello*¹⁰⁶ a este otro elemento conformador de la identidad, afirmada por el TJUE en el asunto *Mirin*¹⁰⁷, comportará la posibilidad de elegir entre ambas leyes personales, sin que quepa imponer la solución del artículo 9.9 Cc que conduce a la prevalencia (salvo de dobles nacionales franceses o portugueses)¹⁰⁸ de la ley española. Además, en segundo lugar, también una persona española recién nacida en otro EM, en el que se le asigna el sexo legal “X”, aplicando analógicamente la solución del asunto *Grunkin-Paul*¹⁰⁹, tendrá también que ser asignada “X” en nuestro país: incluso si no tiene la nacionalidad de ese EM (Álex nace en Berlín, donde reside su familia. Aunque tenga la nacionalidad española, podrá ser “X” en el Registro civil alemán si tiene condición intersex. Por ello, también deberá ser asignada “X” en el Registro civil español).

53. Y las mismas soluciones resultarán plenamente aplicables cuando de lo que se trata es de rectificar la asignación, si se ha realizado en otro EM, donde se ha conseguido el reconocimiento de una categoría no binaria. Si Álex, con nacionalidad española, reside en Berlín, donde acude a la autoridad competente para cambiar el marcador de género (masculino o femenino) a “X”¹¹⁰, esa reasignación deberá ser reconocida en España: la Oficina del registro civil ante la que inste la modificación del “sexo” en la inscripción de nacimiento, a efectos de que conste “no binario” o “X”, tendrá que acceder a esta solicitud.

54. A este respecto, resulta plenamente invocable la interpretación que el TJUE ha realizado en *Mirin* de las obligaciones de los EEMM en lo que respecta al reconocimiento de la reasignación realiza-

que es el que habría que emplear si tiene la nacionalidad de un país con arreglo al cual deba ser designado como tal. Tal y como se pondrá de manifiesto, también será obligado reconocer la identidad no binaria si la persona rectifica en otro EM, de forma que bien cabe comenzar a plantear la viabilidad de hacerlo también, conforme al procedimiento diseñado en el art. 44 de la Ley 4/2023 a la mención que se adecúe a su identidad sexual o de género –sin que esto se limite a las categorías ‘varón’ y ‘mujer’, que están pensadas para una inscripción inicial cuando se desconoce la identidad de género de la persona inscrita.

¹⁰⁶ STJCE de 2 de octubre de 2003, *García Avello*, C-148/02, ECLI:EU:C:2003:539. Al respecto, entre otras muchas, *vid.* M. REQUEJO ISIDRO, “Estrategias para la “comunitarización”: Descubriendo el potencial de la ciudadanía europea”, *Diario La Ley*, núm. 5903, 28 de noviembre de 2003, XXIV, edición electrónica; y Á. LARA AGUADO, “Libertades comunitarias, doble nacionalidad y régimen de los apellidos (Caso García Avello y el avance irresistible de la autonomía de la voluntad)”, *Diario La Ley*, Núm. 6107, 15 de octubre de 2004, XXV, edición electrónica.

¹⁰⁷ Discrepando en este punto de la opinión del Abogado General Jean Richard de la Tour en sus Conclusiones, ECLI:EU:C:2024:385. Sobre la sentencia *Mirin*, A. DURÁN AYAGO, “De la identidad de género a la libre circulación en la Unión Europea. Un paso más en la buena dirección al albur de la STJUE de 4 de octubre de 2024, C-4/23, *Mirin*”, *CDT*, marzo 2025, Vol. 17, núm. 1, pp. 1260-1269; I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, “¿Existe un Derecho europeo a la identidad de género? Nueva entrega sobre el estatuto de la ciudadanía europea”, *La Ley. Unión Europea*, enero 2025, pp. 1-15.

¹⁰⁸ Dado que, como es sabido, Portugal es uno de los países cuyos nacionales también españoles tienen reconocida la doble nacionalidad por la vía de las “nacionalidades históricas” (art. 11.3 CE) y con Francia existe un convenio relativamente reciente: Convenio de nacionalidad entre el Reino de España y la República Francesa, hecho en Montauban el 15 de marzo de 2021, *BOE* núm. 75, de 29 de marzo de 2022.

¹⁰⁹ La opción, por ejemplo, por la forma de establecer los apellidos de la ley del EM del lugar del nacimiento y la residencia habitual de la persona, que en el caso era la ley danesa, fue avalada en aras de garantizar la libertad de circulación y el principio de no discriminación por el TJUE, obligando a las autoridades de su nacionalidad (alemanas) a reconocer esta forma en la STJUE de 14 de octubre de 2008, *Grunkin y Paul*, C-353/06, (ECLI:EU:C:2008:559). Con base en la protección de idénticas libertades y derechos, también obligó a las autoridades alemanas a reconocer el cambio de apellidos operado en Rumanía respecto de un alemán que también tenía la nacionalidad rumana en la STJUE de 8 de junio de 2017, *Freitag*, C-541/15 (ECLI:EU:C:2017:432). Al respecto, J.J. FORNER I DELAIGUA, “Ciudadanía de la Unión Europea: cambio de apellidos, doble nacionalidad y adecuación del Derecho nacional al Derecho de la UE”, *La Ley Unión Europea*, núm. 52, 2017, edición electrónica.

¹¹⁰ Lo que podrá realizar, habida cuenta de que la ley alemana prevé la aplicación de la ley personal, salvo que la persona extranjera solicitante, residente en Alemania, elija la ley alemana: *cf.* R. MIQUEL SALA, “Identidad de género y tercer género en Alemania”, *loc. cit.*, pp. 142-143.

da en otros EEMM: también cuando la persona trans es no binaria¹¹¹. La evolución de la jurisprudencia del TJUE es clara en este sentido. Si tiempo atrás (y quizás solo antes de *Mirin*) cabría haber defendido una diferencia de trato en el ámbito administrativo (en el que es obligado el reconocimiento del marcador de identidad) frente al registro civil (donde cabía oposición al reconocimiento por los EEMM), esta posibilidad se aleja con resoluciones como la reciente STJUE de 25 de noviembre de 2025, C-713/23, *Wojewoda Mazowiecki*¹¹², que obliga a Polonia a inscribir en el Registro civil los matrimonios celebrados por nacionales, también cuando es entre personas del mismo sexo, en la medida en que la inscripción registral es la única vía posible para el reconocimiento de esos matrimonios. Lo mismo ocurre en el marco del reconocimiento del “sexo legal”: si una persona española trans no binaria ha sido reconocida como tal en otro Estado, la única forma de reconocimiento de esta reasignación es la rectificación de la inscripción registral. E interesa recordar que el TJUE descarta que la restricción a las libertades que entiende que se produce cuando se deniega tal reconocimiento pueda estar justificada por razones de orden público, teniendo presente que esta justificación (como la de cualquier medida nacional que pueda obstaculizar el ejercicio de la libre circulación de las personas) debe ser conforme con los derechos fundamentales garantizados por la CDFUE, y “*en particular con el derecho al respeto de la vida privada y familiar, contemplado en el artículo 7 de la Carta, y con la prohibición de toda discriminación por razón de orientación sexual, recogida en el artículo 21, apartado 1, de esta (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de junio de 2018, Coman y otros, C-673/16, EU:C:2018:385, apartado 47; de 14 de diciembre de 2021, Stolichna obshtina, rayon Pancharevo, C-490/20, EU:C:2021:1008, apartado 58, y de 4 de octubre de 2024, Mirin, C-4/23, EU:C:2024:845, apartado 62)*” (§ 63).

55. Finalmente, el TJUE, en *Wojewoda Mazowiecki*, puntualiza que “*tanto los artículos 20 TFUE y 21 TFUE, apartado 1, como los artículos 7 y 21, apartado 1, de la Carta son suficientes por sí solos y no deben ser precisados por disposiciones del Derecho de la Unión o del Derecho nacional para conferir a los particulares derechos invocables como tales. Por consiguiente, si el órgano jurisdiccional remitente llegara a la conclusión de que no es posible interpretar su Derecho nacional de conformidad con el Derecho de la Unión, estaría obligado a asegurar, en el marco de sus competencias, la protección jurídica que para los justiciables se deriva de dichas disposiciones y a obrar por la plena eficacia de estas dejando, en caso necesario, sin aplicar las correspondientes disposiciones nacionales (véanse, en este sentido, las sentencias de 17 de abril de 2018, Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257, apartados 78 y 79, y de 3 de junio de 2025, Kinsa, C-460/23, EU:C:2025:392, apartado 72)*”. Así pues, por más que las normas registrales y civiles españolas aún no habiliten el marcador no binario, las personas no binarias a las que venimos haciendo referencia (las que han obtenido la reasignación en otro Estado) pueden invocar esos derechos que los citados preceptos les confieren para remediar la vulneración que comporta la falta de reflejo registral en la inscripción de su nacimiento, y las autoridades españolas estarán obligadas a garantizarlos, procediendo a la rectificación del “sexo legal”, de manera que indique “X”, “no binario” o similar.

3. Obligación convencional de inscripción de personas no binarias

56. A todo lo antes expuesto cabe agregar que, al margen de la incidencia de las libertades comunitarias y el principio de no discriminación, en la actualidad las autoridades españolas también están obligadas a reconocer el cambio de marcador del género de personas no binarias con base en convenios internacionales. Así, por ejemplo, de las personas residentes en los Países Bajos o nacionales de este país, que han obtenido la rectificación ante las autoridades neerlandesas, con arreglo a lo previsto en el Convenio núm. 29 de la Comisión Internacional del Estado Civil¹¹³, que obliga a reconocer este cam-

¹¹¹ De otra opinión, apelando a la rigidez de las normas registrales, I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, “¿Existe un Derecho europeo a la identidad de género? Nueva entrega sobre el estatuto de la ciudadanía europea”, *loc. cit.*, p. 5.

¹¹² ECLI:EU:C:2025:917.

¹¹³ Convenio relativo al reconocimiento de las resoluciones por las que se constata un cambio de sexo, hecho en Viena el 12 de septiembre de 2000, BOE núm. 36, de 11 de febrero de 2011. Sobre el Convenio, P. JIMÉNEZ BLANCO, “La identidad de género en la movilidad transfronteriza: vertientes personal y familiar”, *loc. cit.*, p. 991.

bio (art. 1), teniendo además presente que el reconocimiento comporta la obligación de actualizar la inscripción registral (art.3). Tal y como pusimos de manifiesto anteriormente (*supra*, §7), en los Países Bajos cabe la posibilidad de que una persona trans no binaria sea reconocida legalmente como tal. Por tanto, personas españolas o extranjeras (neerlandesas o de otras nacionalidades que residen en los Países Bajos) inscritas en el Registro civil español (porque su nacimiento tuvo lugar en territorio español) que hayan reasignado su marcador en los Países Bajos al no binario tendrán derecho a rectificar el asiento registral, y las autoridades españolas estarán obligadas a hacerlo, sin que puedan oponer (insistimos en ello) normas de un reglamento (RRC) que en este punto sería contrario al Convenio, ni justificaciones tan peregrinas como que el sistema informático no lo permite.

57. Como ya ha indicado Pilar Jiménez Blanco, esta obligación de reconocimiento, además, se daría también en aplicación de Convenios bilaterales de reconocimiento que incluyen los litigios y actos de jurisdicción voluntaria en materia civil y no excluyen expresamente las cuestiones relativas al “estado” de las personas, ámbito en que se situaría la reasignación de género, como, por ejemplo, el hispano-austríaco¹¹⁴.

58. Obviamente, en este punto también es clave descartar la posible oposición por las autoridades españolas de la cláusula de orden público, recogida en el artículo 2.b) del citado Convenio núm. 29 de la CIEC, así como en la totalidad de los convenios bilaterales de reconocimiento que pueden resultar aplicables. Creemos que no cabe oponer que el tercer género, y su necesario reflejo registral, sea contrario al orden público español. Antes al contrario, el reconocimiento de identidades no binarias, conforme a lo indicado en este trabajo, dada su presencia en normas españolas y en la jurisprudencia de órganos jurisdiccionales españoles y del TC, y a la luz de la obligada proyección de los estándares internacionales de protección de derechos humanos y de la garantía de las disposiciones constitucionales y convencionales sobre derecho a la identidad y el principio de no discriminación, no solo no puede ser contrario al orden público español, sino que debería ser considerado de orden público darle la debida protección.

IV. Conclusiones

59. El reconocimiento legal de identidades no binarias, que ya se ha producido en varios países, en la línea de las recomendaciones de diversos organismos de protección de los derechos humanos, y que ha comenzado a tener cierto reflejo en normas infraestatales en el Estado español, resulta obligado también para el legislador español, tanto para garantizar determinados derechos fundamentales como el derecho a la identidad (10.1 CE y art. 8 TEDH), el principio de no discriminación (arts. 14 CE, 14 CEDH y 1 Protocolo núm. 12 CEDH) y la protección de los datos personales (art. 18.4 CE), como (en determinadas situaciones) a la luz de las libertades comunitarias y el principio de no discriminación, tal y como hasta la fecha han sido interpretadas por el TJUE.

60. La legislación española debe, por tanto, ser modificada, a efectos de derogar de la regulación registral la obligatoriedad de asignación o reasignación con arreglo al sistema binario. Ya debe considerarse, de hecho, obligado inscribir en el Registro civil a las personas no binarias extranjeras que hayan nacido en España como tales, con arreglo a su ley nacional, como también lo es reflejar las reasignaciones de personas no binarias españolas que han tenido lugar legalmente en otros Estados.

61. Mientras, las autoridades registrales españolas deberían realizar una interpretación de la Ley 4/2023 conforme a la garantía de los derechos examinados y, con arreglo a su obligación de rectificar sin dilaciones el dato inexacto correspondiente al marcador legal del género de las personas no binarias que lo soliciten, en su calidad de responsables de los datos personales.

¹¹⁴ Cf. *Ibidem*.

Propuesta de regulación estatal de parejas de hecho: normas de conflicto y Derecho material

Proposal of conflict of law rules and material law regarding to partnerships

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO

Catedrática de Derecho Internacional Privado

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID: 0000-0002-5896-983X

Recibido:18.01.2026 / Aceptado:11.02.2026

DOI: 10.20318/cdt.2026.10282

Resumen: En el presente artículo se propone la elaboración de normativa en materia de parejas de hecho, normativa, tanto conflictual, como sustantiva. Las uniones more uxorio carecen de regulación estatal, no existe en nuestro ordenamiento ninguna norma nacional que contemple esta institución; tampoco hay ninguna norma de conflicto que se ocupe de estas uniones. Este contexto exige que el legislador afronte, de una vez, la regulación de las parejas de hecho, un fenómeno creciente en nuestro ordenamiento que, por esta razón, cada vez genera más situaciones litigiosas que los operadores jurídicos deben resolver. Es necesaria la concienciación del legislador de la necesaria elaboración de una ley nacional de parejas de hecho, así como, de las correspondientes normas de conflicto en la materia, todo ello, para aportar seguridad jurídica al ciudadano y aspirar a tener un ordenamiento que responda a las exigencias de la realidad social en la que vivimos.

Palabras clave: parejas de hecho, parejas de hecho internas, parejas de hecho internacionales, ley nacional de parejas de hecho, normas de conflicto de producción estatal española en materia de parejas de hecho.

Abstract: This article proposes the development of regulations on partnerships, both in terms of conflict and substantive law. Partnerships are not regulated by the national legislator; there is no national law in our legal system that covers this institution; nor is there any conflict rule dealing with these unions. This context requires legislators to address, once and for all, the regulation of unmarried couples, a growing phenomenon in our legal system which, for this reason, is generating more and more contentious situations that legal practitioners must resolve. Legislators need to be made aware of the need to draft a national law on unmarried couples, as well as the corresponding conflict rules in this area, in order to provide legal certainty for citizens and aspire to have a legal system that responds to the demands of the social reality in which we live.

Key words: partnerships, domestic partnerships, international partnerships, partnerships national law, Spanish national conflict rules on partnerships.

Sumario: I. Introducción; II. Calificación de las parejas de hecho; III. Modelo de regulación de la norma de conflicto de producción interna española en materia de parejas de hecho; IV. Contexto a tener en cuenta para establecer cómo determinar la existencia y validez de la pareja de hecho; V. Propuesta de normas de conflicto; 1. Norma de conflicto aplicable a la existencia, validez y disolución de las parejas de hecho; 2. Norma de conflicto

aplicable a los efectos patrimoniales de las parejas de hecho; A. Reglamento 2016/1104; 2. Propuesta de norma de conflicto de producción interna española; VI. Regulación estatal de parejas de hecho; VII. Conclusiones.

I. Introducción

1. En el ordenamiento español no existe ninguna ley estatal que se encargue de regular las parejas de hecho. Sí existen normas autonómicas que, en su mayoría, se ocupan de aspectos administrativos relacionados con la existencia y disolución de las uniones de hecho, pero no con cuestiones sustantivas, de régimen jurídico, de derechos y obligaciones derivados de estas uniones no matrimoniales¹. Sólo las

¹ Comunidad Autónoma de Andalucía: Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho (DOJA nº 153, de 28 diciembre 2002; BOE núm. 11, de 13 enero 2003).

Comunidad Autónoma de Aragón: Decreto-Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el texto refundido de las leyes civiles aragonesas (BOA nº 67, de 29 marzo 2011).

Comunidad Autónoma de Asturias: Ley 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables (BOPA nº 125, de 31 mayo 2002; BOE núm. 157, de 2 julio 2002).

Comunidad Autónoma de Baleares: Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables (BOIB nº 156, de 19 diciembre 2001; BOE núm. 14, de 16 enero 2002).

Comunidad Autónoma de Canarias: Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias (BOC nº 54, de 19 de marzo 2003; BOE núm. 89, de 14 abril 2003).

Comunidad Autónoma de Cantabria: Ley de Cantabria 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOC nº 98, de 24 mayo 2005; BOE núm. 135, de 7 junio 2005).

Comunidad de Castilla-La Mancha: Decreto 124/2000, de 11 de julio 2000, por el que se regula la creación y el régimen de funcionamiento del registro de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (DOCM nº 68, de 14 de julio 2000).

Comunidad de Castilla y León: Decreto 117/2002, de 24 de octubre, por el que se crea el Registro de uniones de hecho en Castilla y León y se regula su funcionamiento (BOCyL de 31 octubre 2002).

Comunidad Autónoma de Cataluña: Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (DOGC núm. 5686, de 5 agosto 2010; BOE núm. 203, de 21 de agosto de 2010).

Comunidad Autónoma de Valencia: Ley 5/2012, de 15 de octubre, de la Generalitat, por las que se regulan las uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana (DOGV nº 6884, de 18 octubre 2012; BOE núm. 268, de 7 noviembre 2012). Varios artículos de esta norma han sido declarados inconstitucionales por la STC de 9 junio 2016 (ECLI:ES:TC:2016:110).

Comunidad Autónoma de Extremadura: Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura (BOE nº 111, de 9 mayo 2003).

Comunidad Autónoma de Galicia: Ley 10/2007, de 28 de junio, de reforma de la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia (DOG nº 127, de 2 julio 2007; BOE núm. 226, de 20 septiembre 2007).

Comunidad Autónoma de La Rioja: Decreto 30/2010, de 14 de mayo, por el que se crea el Registro de parejas de hecho de La Rioja (BOR nº 62, de 21 de mayo de 2010). Norma modificada por el Decreto 10/2013, de 15 de marzo (BOR nº 41, de 27 marzo 2013).

Comunidad de Madrid: Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid (BOCM nº 3, de 3 de enero de 2002; BOE núm. 55, de 5 marzo 2002). Los artículos 4 y 5 han sido declarados inconstitucionales por la STC de 11 de abril de 2013 (ECLI:ES:TC:2013:81). *Vid.*, en relación a esta sentencia, M.A. EGUSQUIZA BALMASEDA, “Cambio de rumbo en legislativo de las parejas estables: SSTC 81/2003, de 11 de abril de 2013 y 93/2003, de 23 de abril de 2013”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, nº 5, 2013, pp. 75-115.

Región de Murcia: Ley 7/2018, de 3 de julio, de parejas de hecho, de la Comunidad Autónoma Región de Murcia (BORM nº 154, de 3 de julio 2018; BOE núm. 183, de 30 julio 2018).

Comunidad Autónoma de Navarra: Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo (BOE núm. 137, de 8 junio 2019). En relación con la anterior Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables (BON nº 82, de 7 julio 2000), varios de sus artículos fueron declarados inconstitucionales por STC de 23 de abril de 2013 (ECLI:ES:TC:2013:93). *Vid.*, en relación con la Ley, N. GOÑI URRIZA, “La Ley navarra para la igualdad jurídica de las parejas estables”, en A.L. CALVO CARAVACA/J.L. IRIARTE ÁNGEL (dirs.), *Mundialización y familia*, Colex, Madrid, 2001, pp. 375-385. *Vid.*, en relación con esta sentencia, M. MARTIN CASALS, “El derecho a la “convivencia anómica en pareja”: ¿Un nuevo derecho fundamental? Comentario general a la STC de 23.4.2013 (RTC 201393)”, *Indret*, nº 3, 2013, 43 p.; J.L. IRIARTE ÁNGEL, “Parejas de hecho, Constitución y conflictos de leyes internos. Reflexiones acerca de la sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de abril de 2013 (recurso de inconstitucionalidad 5297-2000)”, *Boletín JADO*, año XII, nº1 24, junio 2013, Bilbao, pp. 169-183; M.A. EGUSQUIZA BALMASEDA, “Cambio de rumbo en legislativo de las parejas estables: SSTC 81/2003, de 11 de abril de 2013 y 93/2003, de 23 de abril de 2013”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, nº 5, 2013, pp. 75-115.

Comunidades Autónomas con competencias en legislación civil deberían disponer de normativa material en este sentido². Estas Comunidades son Cataluña, Galicia, País Vasco, Navarra, Aragón e Islas Baleares.

Tampoco existe ninguna norma de conflicto de producción interna que determine el Derecho aplicable a los efectos patrimoniales de las uniones de hecho, ni a la existencia validez y disolución de las mismas. En relación con los primeros, en el artículo 9 CC se encuentran las diferentes normas de conflicto de elaboración nacional que permiten conocer la ley rectora de las distintas consecuencias que se pueden derivar de la disolución de una pareja de hecho, pero no hay ninguna aplicable a los efectos económicos. Es cierto que, para ello, para determinar la ley aplicable a los efectos económicos, contamos con el Reglamento UE 2016/1104³. Pero también es verdad que esta norma tiene un ámbito de aplicación en el que no se encuentran todas las parejas de hecho sino sólo las que se hayan registrado a partir el 29 de enero de 2019 o aquellas que, estando inscritas antes de esa fecha, hayan elegido válidamente ley aplicable a sus efectos económicos a partir de ese momento.

2. No tener una norma estatal de parejas de hecho conlleva consecuencias negativas para los justiciables, quienes no se benefician de la seguridad jurídica que ofrecen las leyes⁴. En estos casos, la jurisprudencia es la que tiene que resolver las disputas que surgen entorno a esta relación, y lo hace de manera dispar, eso sí, sobre el principio de que la pareja de hecho no es matrimonio⁵.

Comunidad Autónoma del País Vasco: Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho (BOPV nº 100, de 25 mayo 2003; BOE núm. 284, de 25 noviembre 2011).

Ciudad Autónoma de Melilla: Reglamento regulador del registro de parejas de hecho de la Ciudad Autónoma de Melilla (BOME nº 4474, de 1 febrero 2008).

Ciudad Autónoma de Ceuta: Reglamento regulador del registro de uniones de hecho (<https://www.ceuta.es/ceuta/la-ins-titucion/normativa/46-paginas/paginas/normativa/110-reglamento-regulador-del-registro-de-uniones-de-hecho-de-11-de-sep-tiembre-de-1998>).

² Varias leyes autonómicas han sido declaradas inconstitucionales, al menos parcialmente, precisamente por este motivo, por vulnerar el artículo 149.1.8ª CE de reparto competencial, leyes como las siguientes que ya se han mencionado anteriormente.

La Ley 5/2012, de 15 de octubre, de la Generalitat, por la que se regulan las uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana (DOGV nº 6884, de 18 octubre 2012; BOE núm. 268, de 7 noviembre 2012). Varios artículos de esta norma han sido declarados inconstitucionales por la STC de 9 junio 2016 (ECLI:ES:TC:2016:110).

La Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid (BOCM nº 3, de 3 de enero de 2002; BOE núm. 55, de 5 marzo 2002). Los artículos 4 y 5 han sido declarados inconstitucionales por la STC de 11 de abril de 2013 (ECLI:ES:TC:2013:81). *Vid.*, en relación a esta sentencia, M.A. EGUSQUIZA BALMASEDA, “Cambio de rumbo en legislativo de las parejas estables: SSTC 81/2003, de 11 de abril de 2013 y 93/2003, de 23 de abril de 2013”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, nº 5, 2013, pp. 75-115.

La Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo (BOE núm. 137, de 8 junio 2019). En relación con la anterior Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables (BON nº 82, de 7 julio 2000), varios de sus artículos fueron declarados inconstitucionales por STC de 23 de abril de 2013 (ECLI:ES:TC:2013:93). *Vid.*, en relación con la Ley, N. GOÑI URRIZA, “La Ley navarra para la igualdad jurídica de las parejas estables”, en A.L. CALVO CARAVACA/J.L. IRIARTE ÁNGEL (dirs.), *Mundialización y familia*, Colex, Madrid, 2001, pp. 375-385. *Vid.*, en relación con la STC, M. MARTÍN CASALS, “El derecho a la “convivencia anómica en pareja”: ¿Un nuevo derecho fundamental? Comentario general a la STC de 23.4.2013 (RTC 201393)”, *Indret*, nº 3, 2013, 43 p.; J.L. IRIARTE ÁNGEL, “Parejas de hecho, Constitución y conflictos de leyes internos. Reflexiones acerca de la sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de abril de 2013 (recurso de inconstitucionalidad 5297-2000)”, *Boletín JADO*, año XII, nº1 24, junio 2013, Bilbao, pp. 169-183; M.A. EGUSQUIZA BALMASEDA, “Cambio de rumbo en legislativo de las parejas estables: SSTC 81/2003, de 11 de abril de 2013 y 93/2003, de 23 de abril de 2013”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, nº 5, 2013, pp. 75-115.

³ Reglamento (UE) 2016/1104, del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, DOUE L183, de 8 julio 2016.

⁴ L. ÁLVAREZ AGOËS, *Las uniones de hecho en la Unión Europea y el desafío del sistema plurilegislativo español*, Aranzadi La Ley, Madrid, 2025, p. 228.

⁵ STS de 15 enero 2018, ECLI:ES:TS:2018:37, FD Quinto; STS 16 junio 2011, ECLI:ES:TS:2011:3634, FD Quinto; STS 12 septiembre 2005, ECLI:ES:TS:2005:5270, FD Segundo y Tercero; STS 8 mayo 2008, ECLI:ES:TS:2008:2724, FD Tercero; STS 19 octubre 2006, ECLI:ES:TS:2006:6421, FD Segundo; STS 17 junio 2003, ECLI:ES:TS:2003:4196, FD Segundo; STS de 30 octubre 2008, ECLI:ES:TS:2008:7175, FD Tercero.

Para conocer la disparidad con la que los tribunales resuelven los asuntos relativos a parejas de hecho que llegan a su conocimiento, *vid.*, J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Capítulo XXIV: Parejas de hecho internacionales en la práctica judicial”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *El derecho de familia internacional del siglo XXI en la práctica judicial*, 1ª ed.,

3. Sin embargo, para saber que no hay ley estatal que aplicar al caso, antes debemos pasar por el Derecho interregional, recogido en el artículo 16 CC. Este precepto permite determinar qué ordenamiento, foral o común, será el regulador del supuesto. Una vez la norma interna de conflicto de leyes del artículo 16 CC indique que el Derecho rector es el común es cuando podremos poner de manifiesto que no existe tal Derecho y que, en consecuencia, no tenemos regulación que resuelva el litigio planteado.

Esta operación de pasar primero por la norma interna de conflicto de leyes debe efectuarse tanto si se trata de una pareja de hecho interna como si lo es internacional⁶. En este último caso, cuando la unión presenta elemento de extranjería, deben concurrir estas dos circunstancias. Por un lado, la norma de conflicto aplicable debe establecer que el Derecho rector de la cuestión es el español. Por otro, si esa norma de conflicto es de origen supranacional, debe resolver la remisión a ordenamientos plurilegislativos de manera indirecta, remitiendo al Derecho interregional para concretar el ordenamiento español aplicable.

En ambos casos, por tanto, al ser España un ordenamiento plurilegislativo, se ha de determinar cuál de los diferentes Derechos que conviven en nuestro país es el que debe aplicarse en cada caso. Y esto se establece a través del artículo 16 CC, el cual remite a las normas de conflicto del Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil. Entre esas normas de conflicto no existe ninguna que regule específicamente las parejas de hecho, no obstante, podemos utilizar todas las conexiones previstas para determinar el Derecho aplicable a los diferentes efectos que pueden tener las parejas de hecho. Todas, menos la relativa a los efectos económicos, en relación con los que tenemos norma de conflicto pero se encarga de regular estos efectos sólo respecto del matrimonio. Como las nupcias no se pueden equiparar a las uniones *more uxorio*, esa norma no podría ser utilizada para conocer el Derecho rector de los efectos patrimoniales de la unión de hecho⁷.

En consecuencia, en relación con esta materia de los efectos económicos nos podemos encontrar ante dos escenarios en supuestos internacionales. En primer lugar, el Reglamento UE es aplicable e indica que el Derecho rector es el español. En este caso, el precepto que resuelve la remisión a ordenamientos plurilegislativos, el artículo 33, estipula que para determinar el Derecho regulador de la cuestión

Aranzadi, Cizur Menor, junio 2022 (22 páginas); *Id.*, *Matrimonio y pareja de hecho internacionales: regulación y jurisprudencia, europea y de producción interna española. Problemas y soluciones*, Atelier, Madrid, 2025, en abierto, pp. 90-97. En ambas obras se hace un recorrido por las diferentes resoluciones de los casos en los que se discuten los efectos que pueden desplegar las parejas de hecho y se llega a las siguientes conclusiones. Por un lado, el TS no reconoce derechos sucesorios al conviviente superviviente. Por otro, si bien se admite la aplicación analógica del artículo 97 CC -pensión compensatoria- a las parejas de hecho, son mayoría las sentencias del TS que optan por la utilización del enriquecimiento injusto para determinar la posibilidad de exigir una cuantía tras la ruptura de la unión. Por último, en relación con el régimen patrimonial de la pareja de hecho, de *iure* no debería aplicarse ningún régimen económico matrimonial, pero, de facto, por la voluntad manifestada de forma expresa o tácita por los convivientes, sí podrá repartirse el patrimonio como si fuera una sociedad de gananciales (J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Capítulo XXIV: Parejas de hecho internacionales en la práctica judicial”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *El derecho de familia internacional del siglo XXI en la práctica judicial*, 1ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, junio 2022, 22 p.; *Id.*, *Matrimonio y pareja de hecho internacionales: regulación y jurisprudencia, europea y de producción interna española. Problemas y soluciones*, Atelier, Madrid, 2025, en abierto, p. 96).

⁶ En la SAP de Girona, de 2 de octubre de 2002, la Audiencia consideró que no se había probado el Derecho suizo, aplicable en el caso, y que, por ello, la ley rectora de los efectos patrimoniales de la pareja de hecho formada por ciudadanos suizos debía ser el español. Y, en concreto, el catalán. El tribunal se pronuncia en estos términos, poniendo de manifiesto la ausencia de norma de conflicto de producción interna en materia de parejas de hecho: “... A lo anterior debe de unirse que las relaciones patrimoniales que se discuten entre dos personas que han integrado durante años una pareja de hecho, al menos por analogía con lo dispuesto en los números 1 y 2 del artículo 9 del Código Civil, ante la ausencia de una específica regulación de las parejas de hecho, deben regirse por su ley personal. En este mismo sentido, y también por analogía, el artículo 107 del propio Código. En consecuencia, al carecer los litigantes de la vecindad civil catalana, por el hecho de no ser españoles, unido a que su nacionalidad es la suiza, el pleito debería resolverse con arreglo a la legislación de este último Estado, lo que excluye una aplicación que podríamos denominar inmediata o directa de la legislación catalana que, por cierto, ambos litigantes consideran aplicable ya que la invocan tanto en la demanda como en la contestación a la misma” (FD Primero). “... Pero es que, además, en Catalunya existe desde 1.998 una regulación legal de las parejas de hechos. Teniendo en cuenta que los dos litigantes residen aquí, debe resolverse el conflicto mediante la aplicación, que podríamos llamar indirecta, de la normativa catalana” (FD Segundo).

⁷ Respecto de la no equivalencia a efectos jurídicos del matrimonio y las parejas de hecho, *vid.*, STS de 15 enero 2018, ECLI:ES:TS:2018:37, FD Quinto; STS 16 junio 2011, ECLI:ES:TS:2011:3634, FD Quinto; STS 12 septiembre 2005, ECLI:ES:TS:2005:5270, FD Segundo y Tercero; STS 8 mayo 2008, ECLI:ES:TS:2008:2724, FD Tercero; STS 19 octubre 2006, ECLI:ES:TS:2006:6421, FD Segundo; STS 17 junio 2003, ECLI:ES:TS:2003:4196, FD Segundo; STS de 30 octubre 2008, ECLI:ES:TS:2008:7175, FD Tercero.

habrá que ir a la norma interna de conflicto de leyes, nuestro artículo 16 CC -remisión indirecta-. En este supuesto no tenemos norma de conflicto en el Capítulo IV del Título Preliminar del CC que permita concretar el ordenamiento rector del asunto y, en consecuencia, en un primer momento al menos, no habría solución. En segundo lugar, y con peor pronóstico, podemos ubicarnos ante la situación en la que, en esta misma materia, no fuera aplicable el Reglamento UE, situación en la que el juez español debería utilizar la norma de conflicto de producción interna en la materia, norma que no existe.

4. Antes de tener que determinar los efectos de la pareja de hecho, entre ellos, los económicos, se habrá de comprobar que la unión extramatrimonial existe y es válida y no está disuelta. Estos aspectos de la institución tampoco tienen regulación estatal, ni sustantiva ni conflictual. En relación, por tanto, con parejas de hecho internacionales, ante la falta de normas de origen supranacional, el legislador español no permite conocer la ley aplicable a estas cuestiones y, por tanto, no permite saber si la unión existe, es válida y no está disuelta y, en consecuencia, puede desplegar efectos jurídicos.

5. Por todo lo explicado, en este artículo se propondrá una norma de conflicto de producción interna en materia de efectos patrimoniales de las uniones de hecho. Así como, también, otra norma que determine el Derecho rector a la existencia, validez y disolución de las parejas extramatrimoniales. Por otro lado, se ofrecerá una posible regulación estatal de estas uniones de hecho, una vez se justifique la necesidad de la existencia de esta normativa común.

Todo ello, desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado. Como ya se ha advertido, aunque el objeto de este trabajo se podría estudiar desde las dos vertientes señaladas, la interna y la internacional, nos centraremos en la segunda de ellas analizando, por tanto, las parejas de hecho internacionales.

II. Calificación de las parejas de hecho

6. El artículo 12.1 del Código Civil español indica que “*La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española*”. La calificación es necesaria para conocer la norma de conflicto del ordenamiento que podría aplicarse a la institución en cuestión y, también, es útil para crear una norma de conflicto adecuada a dicha institución.

7. El Tribunal Supremo español califica las parejas de hecho como relaciones de familia, pero deja claro que no pueden ser consideradas como matrimonios, precisamente, porque los miembros de la unión forman la pareja de hecho para evitar ser tratados como cónyuges⁸. Por esta razón, no se podría aplicar la normativa en materia de matrimonio a estas uniones de hecho.

Así, el Tribunal Supremo afirma que “*Es ahora el momento de traer a colación la jurisprudencia de esta Sala sobre el tema que aparece sintéticamente recogida en la sentencia de 17 de junio de 2003 (RJ 2003, 4605), cuando dice que las uniones «more uxorio», cada vez más numerosas, constituyen una realidad social, que, cuando reúnen determinados requisitos –constitución voluntaria, estabilidad, permanencia en el tiempo, con apariencia pública de comunidad de vida similar a la matrimonial– han merecido el reconocimiento como una modalidad de familia, aunque sin equivalencia con el matrimonio, por lo que no cabe trasponerle el régimen jurídico de éste, salvo en algunos de sus aspectos*”⁹. “*Sentado lo anterior, es preciso proclamar que la unión de hecho es una institución que no tiene nada que ver con el matrimonio –Sentencia del Tribunal Constitucional 184/1990 (RTC 1990, 184) y la 222/92 (RTC 1992, 222), por todas–, aunque las dos estén dentro del derecho de familia. Es más, hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se pue-*

⁸ STS de 15 enero 2018, ECLI:ES:TS:2018:37, FD Quinto; STS 16 junio 2011, ECLI:ES:TS:2011:3634, FD Quinto; STS 12 septiembre 2005, ECLI:ES:TS:2005:5270, FD Segundo y Tercero; STS 8 mayo 2008, ECLI:ES:TS:2008:2724, FD Tercero; STS 19 octubre 2006, ECLI:ES:TS:2006:6421, FD Segundo; STS 17 junio 2003, ECLI:ES:TS:2003:4196, FD Segundo; STS de 30 octubre 2008, ECLI:ES:TS:2008:7175, FD Tercero.

⁹ STS de 12 septiembre 2005, ECLI:ES:TS:2005:5270, FD Segundo.

de proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias”¹⁰. “*Las uniones libres aunque están carentes de precisa normativa, no por eso son totalmente desconocidas por nuestro ordenamiento jurídico. La Constitución no las prevé, pero tampoco expresamente las interdicta y rechaza y así se desprende de la lectura de su art. 32 en relación al 39, que se proyecta a la protección de la familia en forma genérica, es decir como núcleo creado tanto por el matrimonio, como por la unión de hecho;[...]*”¹¹.

8. El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado al respecto señalando que “[...] *Es claro que en la Constitución Española de 1978 el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1) cuyo régimen jurídico corresponde a la Ley por mandato constitucional (art. 32.2). Nada de ello ocurre con la unión de hecho more uxorio, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento. El vínculo matrimonial genera ope legis en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo jurídicamente necesario entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio. Tales diferencias constitucionales entre matrimonio y unión de hecho pueden ser legítimamente tomadas en consideración por el legislador a la hora de regular las pensiones de supervivencia*”¹².

9. La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública también ha puesto de manifiesto la inexistente regulación, en el ordenamiento español, en materia de parejas de hecho y la necesaria calificación de las mismas para encontrar una normativa a ellas aplicable¹³.

¹⁰ STS de 12 septiembre 2005, ECLI:ES:TS:2005:5270, FD Tercero.

¹¹ STS de 18 mayo 1992, ECLI:ES:TS:1992:3961, FD Tercero.

¹² STC de 15 noviembre 1990, ECLI:ES:TC:1990:184, FD 3.

Vid., también, STC 11 diciembre 1992, ECLI:ES:TC:1992:222; STC de 14 febrero 1991, ECLI:ES:TC:1991:29; STC 14 febrero 1991, ECLI:ES:TC:1991:30; STC 14 febrero 1991, ECLI:ES:TC:1991:31; STC 14 febrero 1991, ECLI:ES:TC:1991:35; STC 14 febrero 1991, ECLI:ES:TC:1991:38; STC 11 abril 1991, ECLI:ES:TC:1991:77; STC 9 marzo 1992, ECLI:ES:TC:1992:29.

¹³ RDGSJyFP de 10 mayo 2017, RJ20173256. Según esta resolución, “5. Por lo tanto, no siendo posible acudir a una norma europea o convencional en búsqueda de una norma conflictual, debe acudirse al Derecho nacional, que conforme al artículo 149.1.8.º de la Constitución Española, deberá ser el estatal. Examinado éste, nuevamente debe concluirse que no existe en el ordenamiento español una norma de conflicto, ni referida a una situación internacional, ni interregional, en relación a los diversos supuestos que pueden afectar a una pareja no casada, por lo que es necesario, en lo posible, acudir a otras reglas con las que pueda presentar la calificación del supuesto, mayor proximidad a fin de lograr un resultado equitativo. 6. Entre las posibles soluciones que la doctrina ha aceptado, dependiendo del concreto supuesto, se encuentra la norma general de conflicto del párrafo primero del artículo 9 del Código Civil por ser calificada la relación, de familia. También se ha acudido en el plano patrimonial, al Reglamento (CE) número 593/2008, relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Debe recordarse que este instrumento en el ámbito internacional, al ser de aplicación universal, traslada al artículo 10.5 del Código Civil, que limita ahora su vigencia exclusivamente al ámbito interregional. 7. Sin embargo, si conforme a la ley del foro la relación surgida de la pareja ha de considerarse familiar -de lo que no cabe duda pese a la insuficiente regulación del Derecho común-, resulta inaplicable la normativa europea. Es así, en cuanto el artículo 1.2.º, b) del Reglamento (UE) número 593/2008 excluye de su ámbito de aplicación «las obligaciones que se deriven de relaciones familiares y de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables, incluida la obligación de alimentos». En el caso en cuestión, se trataba de una nacional británica que quería vender su vivienda habitual, situada en Málaga, a un matrimonio británico. La vendedora no hace constar que forme parte de una *civil partnership* inglesa pero existe la duda de que así sea y de que, por tanto, quizá, se deba pedir consentimiento para la venta al otro miembro de la pareja; aun constando que la vivienda era de propiedad única de la vendedora. Para resolver el caso, la Dirección General concluye que “10. Siendo indudable el carácter familiar de la unión de hecho, como calificación jurídica de la relación internacional, al amparo del artículo 12, párrafo primero, del Código Civil, que tiene por objeto la escritura calificada -una vendedora británica soltera vende ante notario español a un matrimonio británico una vivienda en España- y manifestando la vendedora en dicho documento que es su vivienda familiar, en el ámbito de las relaciones personales que eventualmente pudieran existir, es indudable la responsabilidad del transmitente por la enajenación realizada. Sin embargo, la trascendencia que ese hecho presenta conforme a su ley nacional -en el caso británico su «domicile», y concretamente su pertenencia o no a una «civil partnership», podría conducir a un resultado excesivo pues debería en caso afirmativo probar el cumplimiento de los requisitos que conforme a su ley personal debe cumplir la transmisión, teniendo en cuenta que en la escritura no se manifiesta tener una «civil partnership».

La dificultad de esta prueba y su excesiva onerosidad es evidente. Téngase presente, que se trata de una vivienda situada en una Comunidad Autónoma regida por el Derecho común y a la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho, que no

En este sentido, indica que la pareja de hecho es relación de familia, por lo que no se le puede aplicar el Reglamento Roma I.

10. También el TEDH ha afirmado la diferencia entre el matrimonio y la pareja de hecho. Según la Corte de Derechos Humanos, “*Sur le terrain de l’article 12 de la Convention, la Cour a déjà constaté que le mariage est largement reconnu comme conférant un statut et des droits particuliers à ceux qui s’y engagent (Burden, précité, § 63, et Joanna Shackell c. Royaume-Uni (déc.), no 45851/99, 27 avril 2000). La protection du mariage constitue en principe une raison importante et légitime pouvant justifier une différence de traitement entre couples mariés et couples non mariés (Quintana Zapata c. Espagne, no 34615/97, décision de la Commission du 4 mars 1998, Décisions et rapports (DR) 92, p. 139). Le mariage se caractérise par un ensemble de droits et d’obligations qui le différencient nettement de la situation d’un homme et d’une femme vivant ensemble (Nylund c. Finlande (déc.), no 27110/95, CEDH 1999VI, et Lindsay c. Royaume-Uni (déc.) no 11089/84, 11 novembre 1986). Aussi les Etats jouissent-ils d’une certaine marge d’appréciation quand ils prévoient un traitement différent selon qu’un couple est marié ou non, notamment dans des domaines qui relèvent de la politique sociale et fiscale, par exemple en matière d’imposition, de pension et de sécurité sociale (voir, mutatis mutandis, Burden, précité, § 65)*”¹⁴.

11. Con todo lo anterior, podemos concluir que la pareja de hecho puede ser calificada en el ordenamiento español como una relación de familia ajena al matrimonio, contemplada por el artículo 39 CE -precepto dedicado a la protección social, económica y jurídica de la familia- pero no por el artículo 32 de este texto -precepto que regula el derecho a contraer matrimonio-. Con esta calificación de las parejas de hecho podemos seguir avanzando en el camino hacia la propuesta de regulación de esta institución en el ordenamiento español.

III. Modelo de regulación de la norma de conflicto de producción interna española en materia de parejas de hecho

12. En este punto se debería adoptar una de las dos siguientes posiciones.

Por un lado, se podría entender que todo lo relativo a las parejas de hecho debería estar regulado por una única norma de conflicto¹⁵. En este caso, tanto la existencia y validez de la unión, como todos los efectos que despliega, deberían quedar regulados por la misma norma de conflicto. De esta manera, evitaríamos llegar a la situación en la que el ordenamiento aplicable al aspecto litigioso en concreto no contemple las parejas de hecho y no tengamos, por tanto, Derecho regulador de la cuestión.

Por otro lado, podríamos pensar en aplicar una norma de conflicto a cada problema jurídico que pueda acontecer en relación con las parejas de hecho. Esto es, una norma de conflicto para determinar la existencia y validez de la unión y una norma de conflicto para cada uno de los efectos que derivan de la pareja.

13. Parece lo más adecuado decantarnos por esta segunda opción, entre otras razones, porque así lo exige la realidad normativa que convive en nuestro ordenamiento¹⁶.

exige el consentimiento del no titular; por lo que establecer requisitos no exigidos para españoles supondría una multiplicidad de regímenes que dificultaría no solo la transmisión sino el acceso al crédito para la financiación de bienes inmuebles a un no nacional. Todo ello implicaría una clara discriminación -aun no siendo aún aplicable el Reglamento (UE) 2016/1103-. El desplazamiento normativo del artículo 10, párrafo octavo, del Código Civil, por el artículo 13 del Reglamento (CE) n° 593/2008, que es inaplicable por razón de su materia al presente caso, sin que corresponda hacer un análisis del mismo más allá de la resolución del presente supuesto, debe permitir la aplicación del Derecho nacional en otros contratos como el presente, excluidos del Reglamento Roma I y por lo tanto regidos por el Derecho nacional, en el cual por razón de la materia debe entenderse aplicable, en aras a la seguridad jurídica, el artículo 10.8 del Código Civil y con ello inexigible la prueba exigida por el registrador”.

¹⁴ STEDH 10 febrero 2011, *Korosidou vs Grecia*, ECLI:CE:ECHR:2011:0210JUD000995708, apartado 64.

¹⁵ E. ZABALO ESCUDERO, “La legislación autonómica de las parejas de hecho y los conflictos de leyes internos”, en E. ROCA TRÍAS (dir.), *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, 2005, pp. 70-71.

¹⁶ En relación con la pensión de viudedad, como posible efecto de la pareja de hecho, la STSJ de Madrid, de 10 de febrero de 2021, consideró que una unión civil, creada conforme al Derecho italiano, debía desplegar en España los efectos previstos en

En materia de parejas de hecho, en el ordenamiento español sólo contamos con una norma que se ocupe específicamente de ellas. Se trata, como ya se ha mencionado anteriormente, del Reglamento (UE) 2016/1104, que se encarga de regular, únicamente, los efectos patrimoniales de las uniones de hecho registradas. El resto de derechos y obligaciones que puedan tener los miembros de la pareja de hecho no están contemplados por ningún Reglamento europeo ni por ninguna otra norma de origen supranacional o estatal. La única regulación que tenemos, por tanto, se ocupa sólo de un concreto aspecto de la pareja de hecho registrada, cuál es, los efectos patrimoniales que se suceden tras la disolución de la misma.

14. En segundo lugar, si tomamos el matrimonio como referencia en este punto relativo a la elección del modelo de regulación, a esta institución se le aplican tantas normas de conflicto como situaciones litigiosas puedan derivar de él, normas de conflicto, tanto de origen supranacional, como de producción interna. Así es, respecto a la existencia y validez del matrimonio, debemos acudir a las normas de producción interna españolas de los artículos 9.1, 49 y 50 del Código Civil. Si la controversia a resolver se plantea en relación con la crisis matrimonial, contamos con el Reglamento 1259/2010, como norma de conflicto aplicable¹⁷. Respecto del régimen económico matrimonial, el Reglamento 2016/1103 sería el texto regulador, si el supuesto se encuentra dentro de su ámbito de aplicación¹⁸. Si no es así, los artículos 9.2 y .3 CC serían los preceptos a considerar. Si la cuestión litigiosa se refiere a la protección de los menores, el Convenio de La Haya de 1996 será el texto a tener en cuenta¹⁹. Si los ex convivientes de hecho se reclaman alimentos para ellos y/o para sus hijos, el órgano jurisdiccional aplicará el Protocolo de La Haya de 2007²⁰. Si, como consecuencia del fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, se abre la sucesión del difunto, el Reglamento 650/2012 será la norma aplicable si la defunción se produjo a partir del 17 de agosto de 2015²¹. Si no fuera este el caso, tenemos el artículo 9.8 CC como norma de conflicto de producción interna. Respecto de la determinación de la filiación, contamos con el artículo

el ordenamiento italiano y, por ello, al equipararse al matrimonio, conforme al Derecho italiano, debíamos considerar esta unión como un matrimonio para que el miembro superviviente de la pareja pudiera obtener la pensión de viudedad conforme al artículo 219 de la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, BOE núm. 261, de 31 octubre 2015) (STSJ de Madrid, de 10 febrero 2021, ECLI:ES:TSJM:2021:1002). Todo ello, con el argumento de que los artículos 9.1, 9.2 y 9.3 CC remiten a la ley nacional para determinar los efectos de la unión y ambos miembros, del mismo sexo, de la pareja eran nacionales italianos. Es una sentencia confusa, que, por un lado, considera que debemos tratar en España a la unión civil italiana tal como se trata en Italia, como un matrimonio, y, por otro, aplica los artículos 9.1 a 9.3 CC para determinar el Derecho rector de la pensión de viudedad, cuando la pensión de viudedad no es ningún efecto económico del matrimonio en el sentido de estos preceptos del Código Civil.

Sin embargo, en el caso de la STSJ de Castilla y León, de 10 de diciembre de 2018, el tribunal entendió que la pareja de hecho constituida conforme al Derecho uruguayo, cuyos miembros son de nacionalidad uruguaya, debía cumplir los requisitos exigidos por la legislación española de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de viudedad (STSJ Castilla-León, de 10 diciembre 2018, ECLI:ES:TSJCL:2018:4447). No debía tenerse en cuenta, por tanto, lo dispuesto en la legislación uruguaya respecto de la inexistencia de registro formal en ese país, y en ese momento, para las parejas de hecho. Esta circunstancia aparecía en el ordenamiento uruguayo pero, en el español, el concepto de pareja de hecho y los requisitos que debe tener para acceder al derecho a la pensión de viudedad los marca la legislación española correspondiente y, entre otros, la norma nacional exige el registro formal de la pareja, que no consta en este caso (art. 221 de la Ley General de la Seguridad Social).

¹⁷ Reglamento (UE) No 1259/2010, del Consejo, de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, DOUE L343, de 29 diciembre 2010.

¹⁸ Reglamento (UE) 2016/1103, del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, DOUE L183, de 8 julio 2016.

Esta norma empezó a aplicarse a partir del 29 de enero de 2019 y, por ende, están dentro de su ámbito de aplicación los matrimonios celebrados después de esa fecha y a aquellos otros que, contraídos antes, han hecho elección de ley aplicable a su régimen económico matrimonial con fecha posterior al 29 de enero de 2019 o ese mismo día.

¹⁹ Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (<https://assets.hcch.net/docs/6e1076a3-dc61-4c28-a045-0f10f223118a.pdf>).

²⁰ Protocolo sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, hecho el 23 de noviembre de 2007 (<https://assets.hcch.net/docs/16d5938e-2792-4104-8b0e-9fd5e7e357b6.pdf>).

²¹ Reglamento (UE) n° 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, DOUE L201, de 27 julio 2022.

9.4 CC y, en cuanto a la adopción, la Ley de adopción internacional es la regulación aplicable por las autoridades españolas²².

15. En tercer lugar, la mayoría de los textos europeos antes mencionados, no sólo se ocupan de determinar el Derecho rector de los diferentes efectos que pueden desplegar los matrimonios, también, se aplican a esos efectos en relación con las parejas de hecho. Tenemos, por tanto, normas de conflicto para la mayoría de los efectos que pueden tener las parejas de hecho.

Así es, dentro del ámbito de aplicación, tanto del Reglamento sucesorio europeo como del Protocolo de La Haya de 2007, se encuentran los matrimonios y relaciones de familia, entre las que podemos hablar de las parejas de hecho. Concretamente, el texto europeo indica que la *lex successionis* se aplicará a “la determinación de los beneficiarios, de sus partes alícuotas respectivas y de las obligaciones que pueda haberles impuesto el causante, así como la determinación de otros derechos sucesorios, incluidos los derechos sucesorios del cónyuge o la pareja superviviente” (art. 23.2.b). El Protocolo de La Haya, por su parte, establece que “El presente Protocolo determinará la ley aplicable a las obligaciones alimenticias que derivan de una relación de familia, filiación, matrimonio o afinidad, incluyendo las obligaciones alimenticias a favor de un niño con independencia de la situación conyugal de sus padres” (art. 1.1). Por lo tanto, si el conviviente de hecho solicita derechos sucesorios o pensión post ruptura, la autoridad española podría aplicar estas normas para conocer el ordenamiento rector de la cuestión.

En relación con los efectos patrimoniales de las uniones de hecho, ya hemos visto que el Reglamento 2016/1104 sería la norma aplicable, siempre que el supuesto se encuentre dentro de su ámbito de aplicación.

Por su parte, los textos relativos a las consecuencias de la ruptura de la pareja de hecho en relación con los hijos comunes también son aplicables en estos casos, ya que, los hijos lo son independientemente de la relación que una a sus progenitores.

En lo que sí hay diferencia es en el marco de la crisis de la pareja. En este escenario, si se trata de un matrimonio, el Reglamento Roma III o Reglamento 1259/2010, antes mencionado, sería la norma aplicable, norma que no se podría tener en cuenta si la ruptura fuera de una pareja de hecho. En este caso de uniones extramatrimoniales, no existe ninguna norma de conflicto aplicable en el ordenamiento español, ni de origen supranacional ni de producción interna española.

16. Con este panorama que acaba de presentarse, además de tener que optar necesariamente por regular las parejas de hecho internacionales con normas de conflicto aplicables a cada uno de los escenarios que pueden plantearse, se ponen de manifiesto las lagunas de regulación existentes. Lagunas, importantes y necesarias de colmar. En el ordenamiento español no existe ninguna norma, ni de producción supranacional ni de producción interna española, que se encargue de regular la existencia y la validez, así como la disolución, de la pareja de hecho. Tampoco contamos con ninguna norma de conflicto que determine la ley rectora de los efectos patrimoniales de las parejas de hecho, cuando no sea aplicable el Reglamento 2016/1104.

Esto es, faltan normas de conflicto que determinen el ordenamiento regulador de la pareja de hecho, su existencia, su validez y su disolución, así como, la ley aplicable a los efectos económicos en supuestos que se encuentren fuera del ámbito de aplicación del Reglamento UE 2016/1104²³. Y, del mismo modo, falta regulación material nacional de parejas de hecho, como ya se ha puesto de manifies-

²² Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, BOE núm. 312, de 29 diciembre 2007.

En la Unión Europea existe una Propuesta de Reglamento en materia de filiación que, todavía, no se ha convertido en texto vinculante (Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo, Bruselas, 7 de diciembre de 2022 COM(2022) 695 final; Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 14 de diciembre de 2023, sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo (COM(2022) 0695 – C9-0002/2023 – 2022/0402(CNS)), DOUE C C/2024/4201, de 2 agosto 2024)

²³ Vid., en este sentido, E. ROCA TRÍAS, “Repensar las parejas de hecho”, en *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, 2005, p. 431.

to. Recordamos que, en supuestos internacionales, esta última ausencia se percibirá cuando, en primer lugar, la norma de conflicto correspondiente determine que el Derecho rector es el español y, en segundo término, cuando la solución al problema de remisión a ordenamientos plurilegislativos concluya que el Derecho aplicable es el común.

IV. Contexto a tener en cuenta para establecer cómo determinar la existencia y validez de la pareja de hecho

17. El TJUE se ha pronunciado en varias ocasiones en el sentido de respetar y observar, por parte de todos los Estados UE, las instituciones creadas conforme al Derecho de un Estado miembro. La última sentencia pronunciada en este sentido ha sido la de fecha de 25 de noviembre de 2025, C-713/23²⁴. En este asunto, el Tribunal europeo exige que Polonia reconozca un matrimonio de ciudadanos polacos del mismo sexo, matrimonio contraído en Alemania en el ejercicio de la libertad de circulación de los cónyuges (art. 21 TFUE). Es un caso muy parecido al asunto *Coman*, que se comenta a continuación²⁵.

18. En la STJUE del caso *Coman*, la situación controvertida se creó en Bélgica y se quiso hacer valer en Rumanía, ambos, Estados miembros de la Unión Europea. Se trataba de un matrimonio de personas del mismo sexo celebrado entre un doble nacional rumano y estadounidense -Coman- y un nacional estadounidense -Hamilton-. En este asunto, el Tribunal de Justicia impuso el reconocimiento de este matrimonio, prohibido en Rumanía, a los efectos de que el cónyuge rumano pudiera ejercer su libre circulación y pudiera, por tanto, residir en Rumanía junto a su cónyuge²⁶.

19. El asunto *Pancharevo* es otro caso de reconocimiento de instituciones creadas conforme a la legislación de un Estado miembro²⁷. En este supuesto es el ordenamiento búlgaro, y su concepto de matrimonio, el que supone un obstáculo a la libre circulación de personas.

Los hechos están formados por un matrimonio de mujeres, una nacional búlgara y otra nacional

²⁴ STJUE de 25 noviembre 2025, *Cupriak-Trojan*, C-173/23, ECLI:EU:C:2025:917.

²⁵ STJUE de 5 junio 2018, *Coman*, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385. *Vid.*, entre otros, J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Reconocimiento de situaciones jurídicas creadas en un Estado miembro de la UE. Comentario a la STJUE 5 junio 2018, *Coman*”, en *Estudios sobre jurisprudencia europea. Materiales del IV Encuentro anual del Centro español del European Law Institute*, Sepin, marzo 2021, 11 p; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Orden público europeo en Derecho de familia”, *AEDIPR*, vol. XX, 2021, pp. 305-326; L. A. PÉREZ MARTÍN, “El caso *Coman* entre el TJUE y el TEDH: la identidad nacional como límite ¿lícito? a la práctica de la libertad de circulación en la UE”, en P. JIMÉNEZ BLANCO/I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ (dirs.), *Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza de personas y familias*, Colex, Madrid, 2024, pp. 259-290.

²⁶ Los hechos del caso, de manera más detallada, se exponen a continuación. El asunto hace referencia a un matrimonio de personas del mismo sexo que quiere establecerse en Rumanía. Uno de los cónyuges es el Sr. Coman, de nacionalidad rumana -también tiene la nacionalidad norteamericana- y el otro es el Sr. Hamilton, nacional americano. Ambos contrajeron matrimonio en Bruselas en el año 2010. En 2012 la pareja se dirigió a la Inspección General de Inmigración de Rumanía para conocer los trámites a seguir para que el Sr. Hamilton pudiera obtener el permiso de residencia por más de tres meses en este país. Este Organismo denegó la solicitud planteada por el matrimonio alegando que el Sr. Hamilton no era cónyuge del Sr. Coman y que, por ello, no podía beneficiarse de este derecho a prorrogar su estancia en Rumanía más allá de los tres meses.

Frente a esta decisión de la Inspección General, el matrimonio interpuso un recurso ante el Juzgado de Primera Instancia de Bucarest, alegando discriminación por razón de orientación sexual en el ejercicio del derecho europeo a la libre circulación de las personas.

En el marco del litigio, los Srs. Coman y Hamilton también alegaron inconstitucionalidad de los artículos 277.2 y 277.4 del Código Civil rumano por vulnerar los derechos a la vida privada y familiar y a la intimidad, recogidos en la Constitución de Rumanía, así como el principio de igualdad. Los preceptos mencionados del Código Civil rumano regulan el no reconocimiento en este país de los matrimonios celebrados en el extranjero entre personas del mismo sexo.

En este escenario, el Juzgado de Primera Instancia sometió el asunto al Tribunal Constitucional de Rumanía. Es este último órgano judicial el que plantea las cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de determinados preceptos de la Directiva 2004/38, que contesta el Tribunal Justicia de la Unión Europea en esta sentencia (Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) n° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, DO L158, de 30 abril 2004 (Corrección de errores, DO L229, de 26 junio 2004).

²⁷ STJUE de 14 de diciembre de 2021, *Pancharevo*, C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008.

de Reino Unido, con residencia en España. La pareja contrajo matrimonio en Gibraltar, en 2018, pero ha vivido en España desde el año 2015. En 2019 tienen una hija, que nace y reside en España con ellas. En el certificado de nacimiento español consta que la niña es hija de las dos madres. Poco tiempo después, solicitan a las autoridades búlgaras un certificado de nacimiento porque es necesario para expedir el documento de identidad de Bulgaria de la niña. El municipio de Sofía deniega el certificado por no aportar información acerca de la madre biológica de la menor. Las madres alegan que no pueden facilitar ese dato porque en el modelo de certificado de nacimiento búlgaro hay una casilla para la madre y otra para el padre y sólo se puede poner un nombre en cada una de ellas²⁸.

Las autoridades búlgaras deniegan la expedición del certificado de nacimiento basándose en la falta de información acerca de la identidad de la madre biológica de la menor y en el hecho de que la mención en un certificado de nacimiento de dos progenitores de sexo femenino era contraria al orden público de la República de Bulgaria, que no permite los matrimonios entre dos personas del mismo sexo (apartado 23). Una de las madres recurre esta denegación ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Sofía, órgano remitente en este asunto.

El órgano judicial europeo considera que la menor tiene nacionalidad búlgara y eso no puede anularse por la falta del certificado de nacimiento búlgaro. Sin embargo, tiene dudas sobre si esta última puede suponer un obstáculo a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión y, por tanto, un menoscabo de sus derechos. Se plantea, pues, conseguir un equilibrio entre el Derecho búlgaro y el derecho a la vida privada y a la libre circulación de la menor (apartado 29).

El Tribunal de Justicia, en aplicación de la Directiva 2004/38 y recordando su jurisprudencia en el asunto *Coman*, afirma que los ciudadanos de la Unión que han ejercido la libre circulación pueden beneficiarse de los derechos que concede la Directiva mencionada, incluso, para volver a su Estado de origen. Esto mismo puede aplicarse a ciudadanos europeos que han nacido en el Estado miembro de residencia de sus progenitores y todavía no han ejercido la libre circulación²⁹.

Para que puedan ejercer la libre circulación recogida en el artículo 21 del TFUE, los Estados miembros deben expedir un documento que acredite la nacionalidad propia del ciudadano europeo (art. 4.3. Directiva 2004/38). Por esta razón, las autoridades búlgaras están obligadas a expedir ese certificado en el que consta la nacionalidad europea de la menor y su apellido, tal como aparece en el certificado de nacimiento español (apartado 44)³⁰. Todo ello, con independencia de que, también, o no, se emita un certificado de nacimiento búlgaro de la menor³¹. “A este respecto, en el estado actual del Derecho de la Unión, el estado civil de las personas, en el que se incluyen las normas relativas al matrimonio y a la filiación, es una materia comprendida dentro de la competencia de los Estados miembros, competencia que el Derecho de la Unión no restringe. Los Estados miembros disponen de ese modo de la libertad de contemplar o no el matrimonio entre personas del mismo sexo en su Derecho nacional, así como la parentalidad de estas. No obstante, cada Estado miembro debe respetar el Derecho de la Unión al ejercitar dicha competencia y, en particular, las disposiciones del Tratado FUE relativas a la libertad reconocida a todo ciudadano de la Unión de circular y residir en el territorio de los Estados miembros,

²⁸ Se está avanzando mucho en materia de familia, si bien, sobre todo, por parte de los tribunales más que de los legisladores. Así, la Corte Constitucional de Italia ha reconocido el género no-binario mediante la Decisión n° 143/2014, de 23 de julio de 2024 (https://cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?param_ecli=ECLI:IT:COST:2024:143). Italia es el tercer país europeo que acepta esta identidad, después de Islandia y Alemania (<https://verfassungsblog.de/non-binary-gender-markers-italy/>). Vid., en relación con la legislación de Alemania al respecto, R. MIQUEL SALA, “Identidad de género y tercer género en Alemania: novedades y desafíos tras la nueva Ley de autodeterminación”, en P. JIMÉNEZ BLANCO/I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ (dirs.), *Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza de personas y familias*, Colex, Madrid, 2024, pp. 123-152.

²⁹ STJUE de 2 octubre 2019, *Bajratari*, C-93/18, ECLI:EU:C:2019:809, apartado 26; STJUE de 13 septiembre 2016, *Rendón Marín*, C-165/14, ECLI:EU:C:2016:675, apartados 42 y 43; STJCE de 19 octubre 2004, *Zhu y Chen*, C-200/02, ECLI:EU:C:2004:639, apartado 19; STJCE de 2 octubre 2003, *García Avello*, C-148/02, ECLI:EU:C:2003:539, apartados 13 y 27.

³⁰ STJCE de 14 octubre 2008, *Grunking y Paul*, C-353/06, ECLI:EU:C:2008:559, apartado 39: “Considerando las prece-dentes observaciones, hay que responder a la cuestión planteada que el artículo 18 CE [actual, artículo 21 TFUE] se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a que las autoridades de un Estado miembro, aplicando el Derecho nacional, denieguen el reconocimiento del apellido de un niño tal como ha sido determinado e inscrito en otro Estado miembro en el que ese niño nació y reside desde entonces, y quien al igual que sus padres sólo posee la nacionalidad del primer Estado miembro”.

³¹ El Derecho búlgaro supedita la expedición del documento de identidad o pasaporte búlgaro a que exista un certificado de nacimiento nacional (apartado 45).

reconociendo para ello el estado civil de las personas establecido en otro Estado miembro de conformidad con el Derecho de este (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de junio de 2018, Coman y otros, C673/16, EU:C:2018:385, apartados 36 a 38 y jurisprudencia citada)” (apartado 52).

La Constitución búlgara y el Derecho civil de este país no contemplan la parentalidad de dos personas del mismo sexo pero eso no obsta para que deban reconocerla y, así, otorgar el documento de identidad a la menor hija de ambas según la legislación de un Estado miembro. El orden público, que podrían alegar las autoridades búlgaras en este caso, no podría aceptarse, ya que, siendo una herramienta de aplicación excepcional, aplicable cuando *exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad*, no se podría considerar en este caso con estas circunstancias (apartados 55 y 56). Profundizando un poco más en esta argumentación, el Tribunal de Justicia indica que la expedición del certificado de identidad o pasaporte a la menor nacional búlgara no supone un reconocimiento de la filiación respecto de las dos madres más allá del necesario para poder emitir este documento y que la niña pueda ejercer la libre circulación europea. Por supuesto, tampoco supone que Bulgaria tenga que regular o reconocer el matrimonio de personas del mismo sexo y la filiación consiguiente (apartado 57).

Esta jurisprudencia, además, se enmarca en el respeto de la vida privada y familiar del artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Yendo más allá, el Tribunal de Justicia establece que una menor, cuya nacionalidad no estuviera acreditada, si tiene un certificado de nacimiento, expedido por un Estado miembro, en el que se indique que es hija de una pareja del mismo sexo en la que, al menos, uno/a de ellos/as es nacional europeo/a, debe ser considerada como hija de un/a ciudadano/a europeo/a, en el sentido de la Directiva 2004/38 y a los efectos de poder ejercer la libre circulación del artículo 21 TFUE y el Derecho derivado correspondiente (apartado 68)³².

El Tribunal Supremo Administrativo de la República de Bulgaria, en audiencia celebrada el día 21 de noviembre de 2022, ha determinado que las autoridades búlgaras no pueden expedir el documento de identidad de la menor porque, para ello, se necesita conocer a la madre biológica de la niña y, en el caso, no se aportó esa información³³. Respecto de la posible vulneración de la libre circulación de la menor, consecuencia de la negativa a emitir el documento de identidad búlgaro, el Tribunal indica que la niña es nacional española, como así ha dispuesto el Gobierno de España en el asunto C-490/20 y, por tanto, es nacional europea y tiene derecho a circular libremente por territorio de la Unión, derecho que, por tanto, no se vería obstaculizado en el caso de que las autoridades búlgaras no otorguen el certificado de identidad.

20. Otros ejemplos tienen relación con el nombre de las personas³⁴. En ellos, identidades determinadas en un país de la Unión Europea fueron reconocidas en otro Estado miembro, haciendo prevalecer el derecho a la libre circulación de las personas frente a la determinación del nombre y los apellidos en el Estado miembro requerido³⁵. El no reconocimiento del nombre y los apellidos también vulnera el

³² En relación con este caso, el 7 de diciembre de 2022 se aprobó la Propuesta de Reglamento Propuesta de Reglamento, del Consejo, relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo (Bruselas, 7.12.2022 COM(2022) 695 final).

³³ https://info-ade.justice.bg/courts/portal/edis.nsf/e_act.xsp?id=2060937&code=vas&guid=1443879393.

³⁴ STJCE de 30 marzo 1993, *Konstantinidis*, C-168/91, 30 de marzo de 1993, ECLI:EU:C:1993:115; STJCE de 2 octubre 2003, *García Avello*, C-148/02, ECLI:EU:C:2003:539; STJCE de 14 octubre 2008, *Grunkin-Paul*, C-353/06, ECLI:EU:C:2008:559.

Vid., en relación con la STJCE *Konstantinidis*, A. RODRÍGUEZ BENOT, “La unificación del Derecho de familia en los procesos de integración regional: la experiencia europea”, en N. GONZÁLEZ MARTÍN/A. RODRÍGUEZ BENOT (coords.), *El Derecho de familia en un mundo globalizado*, Porrúa, Universidad Autónoma de México, 2007, pp. 100 y 101; P. DIAGO DIAGO, “Derecho al nombre y ejercicio de las libertades comunitarias”, *Noticias de la UE*, núm. 124, 1995, pp. 51-60; A. LARA AGUADO, “Incidencia del derecho comunitario sobre el régimen jurídico del nombre en el derecho internacional privado (la sentencia del TJCE de 30 de marzo de 1993, caso *Konstantinidis*, asunto C-168/91)”, *Revista de Derecho privado*, n° 79, mes 7 y 8, 1995, pp. 671-694.

Vid., en relación con la STJCE *Grunkin* y el papel del orden público, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “¿Orden público europeo versus orden público internacional de cada Estado?”, *La gobernanza del interés público global, XXV Jornadas de Profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales*, Madrid, 2015, p. 173.

³⁵ No obstante, se admite el rechazo al reconocimiento del nombre y apellidos determinados conforme a un Derecho extranjero

derecho al respeto de la vida privada y familiar del artículo 8 CEDH³⁶.

21. En otro asunto reciente, el TJUE insta a Rumanía a reconocer la nueva identidad por cambio de sexo de un ciudadano rumano que realizó la conversión en Reino Unido, conforme al Derecho de este país, cuando todavía no había tenido efectos el Brexit³⁷. En este caso, la posición de Rumanía, no admitiendo esa modificación de identidad, supone un obstáculo a la libre circulación y residencia de un ciudadano de la Unión.

22. El TEDH, por su parte, sin tener en cuenta el país en el que se origina la situación jurídica, aplicando el derecho al respeto de la vida privada y familiar del artículo 8 CEDH, se ha pronunciado en varias ocasiones haciendo prevalecer la protección de situaciones de Derecho familia creadas en el extranjero.

Así, en los asuntos *Wagner* o el *Negrepontis-Giannisis*, por ejemplo, establece la necesidad del reconocimiento, en Luxemburgo y Grecia, respectivamente, de una adopción constituida por autoridad extranjera, en supuestos de hecho respecto de los cuales, la adopción en concreto, si se hubiera solicitado ante autoridades nacionales, no se habría conseguido por impedirlo la legislación del país³⁸. En ambos casos, el TEDH sitúa por encima el derecho al respeto de la vida privada y familiar frente a la concepción nacional de adopción.

En los casos *Mennesson* y *Labasse*, ambos de gestación subrogada, el Tribunal europeo no tiene dudas de que ha habido una injerencia del Gobierno francés en el derecho al respeto de la vida privada y familiar de las parejas³⁹. En ambos supuestos, un matrimonio francés, ante la imposibilidad de tener hijos por la infertilidad de la esposa, contratan a una mujer en Estados Unidos para que geste los embriones fruto de la fecundación *in vitro* del óvulo de una donante con los gametos del marido. En Estados Unidos, en concreto, en California –caso *Mennesson*– y en Minnesota –caso *Labasse*–, este tipo de contratos es válido y el bebé nacido de la madre gestante es hijo de los padres comitentes. En Francia, en cambio, el contrato es nulo y las disposiciones de Código civil que así lo consideran eran de orden público (art. 16-7 y 16-9 Código Civil)⁴⁰. En ambos supuestos, los asuntos llegaron a la Fiscalía del Tri-

cuando razones de orden público así lo justifiquen. Esto fue lo que ocurrió en el caso *Nabiel Peter Bodendorff von Wolffersdorff* (STJUE de 2 junio 2016, C-438/14, ECLI:EU:C:2016:401). En este asunto se alegó orden público para impedir reconocer en Alemania un apellido que contenía elementos nobiliarios (*vid.*, en relación con esta sentencia, A. LARA AGUADO, “Reconocimiento, sí, ma non troppo: el orden público como límite al reconocimiento de títulos nobiliarios en la Unión Europea”, *Bitácora Millennium DIPR*, n.º 4; A. ORTEGA GIMÉNEZ, “El orden público internacional de los Estados miembros como límite al ejercicio de la libre circulación de personas en la Unión Europea”, en C. JEREZ DELGADO/A. RUDA GONZÁLEZ (coords.), *Estudios sobre jurisprudencia europea: materiales del I y II Encuentro anual del Centro español del European Law Institute*, 2018, pp. 749-754).

Vid., también, en este sentido de considerar que el derecho de circular y residir libremente en la UE no es ilimitado, R. CARO GÁNDARA, “Libertades UE, reconocimiento mutuo y orden público de los Estados miembros (Reflexiones tras la sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de diciembre de 2020, asunto C-208/09, Ilonka Sayn-Wittgenstein y tras el Libro Verde para promover la libre circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de las certificaciones de estado civil, de 14 de diciembre de 2010)”, *La Ley Unión Europea*, n.º 3, 2013, pp. 45-58.

³⁶ STEDH de 5 diciembre 2013, *Henry Kismoun c. France*, ECLI:CE:ECHR:2013:1205JUD003226510.

Vid., A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Persona física”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado crítico de Derecho Internacional Privado*, volumen III, Edisofer, Madrid, 2024, p. 118.

³⁷ STJUE de 4 octubre 2024, *M-A.A.*, C-4/23, ECLI:EU:C:2024:845.

³⁸ STEDH de 28 junio 2007, *Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo*, ECLI:CE:ECHR:2007:0628JUD007624001; STEDH de 5 diciembre 2013, *Negrepontis-Giannisis c. Grecia*, ECLI:CE:ECHR:2013:1205JUD005675908.

³⁹ STEDH de 26 junio 2014, *Mennesson*, ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211; STEDH de 26 junio 2014, *Labasse*, ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006594111. *Vid.*, entre otros, A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?, *CDT*, vol. 6, n.º 2, 2014, pp. 147-174; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y orden público”, *Indret*, 2/2017, pp. 166-200; M. J. CASTELLANOS RUIZ, “Gestación por sustitución: orden público internacional vs. orden público europeo”, *CDT*, vol. 13, n.º 2, 2021, pp. 971-1002.

⁴⁰ En la actualidad, el Tribunal Supremo francés ha considerado que reconocer la filiación derivada de un contrato de gestación subrogada no atenta contra el orden público de este país. Lo ha establecido en sentencia de 14 de noviembre de 2024 (ECLI:FR:CCASS:2024:C100631). En sentido contrario, el TS español sigue afirmando que reconocer la filiación derivada de un contrato de gestación subrogada, en este caso, a través del reconocimiento de una sentencia de Estados Unidos, atenta contra nuestro orden público (STS de 4 diciembre 2024, ECLI:ES:TS:2024:5879). Aunque, también es verdad, ha permitido modificar

bunal de Gran Instancia de Nantes, en cuya sede se rechazó el reconocimiento de la filiación declarada a favor de los padres comitentes en ambos Estados americanos. En relación con el asunto *Mennesson*, años más tarde, el TEDH llegó a la conclusión de que, teniendo en cuenta el interés superior del niño, debía existir la posibilidad de reconocer a la madre de intención como madre legítima en el caso particular (apartado 46)⁴¹.

23. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha resuelto asuntos relativos a parejas de hecho, posicionándose a favor de la protección de las mismas. Ya en la STEDH de 18 diciembre 1986, *Jonhston y otros c. Irlanda*, el Tribunal Europeo considera que las parejas de hecho son claramente familia y se encuentran protegidas por el artículo 8 del CEDH⁴².

Más adelante, en la STEDH de 24 junio 2010, *Schalk and Kopf vs. Austria*, el órgano judicial introdujo la posibilidad de que las parejas no casadas, del mismo sexo, al igual que las de sexo diferente, se encontraban protegidas, no sólo por el derecho al respeto de la vida privada sino, también, por el derecho al respeto de la vida familiar⁴³.

En el asunto *Fedotova*, el TEDH entiende que Rusia, al no proporcionar cobertura legal, al no reconocer ni proteger a las parejas del mismo sexo, está infringiendo el artículo 8 del Convenio y, con ello, no está respetando el derecho a la vida privada y familiar de estas uniones⁴⁴. En este país no se regulan, ni se reconocen, las uniones del mismo sexo, sean matrimonio o sean parejas extramatrimoniales. Y, en consecuencia, no se les otorga ningún efecto. El TEDH consideró que el hecho de que Rusia no regule ni reconozca a las parejas del mismo sexo supone una vulneración del derecho al respeto de la vida privada del artículo 8 del CEDH por no permitir la identidad personal y social de las mismas.

24. Esto último ha supuesto que el Tribunal Europeo haya podido exigir que los Estados reconozcan parejas del mismo sexo y que las uniones de hecho constituidas en el extranjero desplieguen efectos en el país de la nacionalidad o de la residencia habitual de los miembros de ellas⁴⁵.

en el Registro Civil el lugar de nacimiento del menor por el lugar del domicilio familiar, tal como se puede hacer en los casos de adopción (STS de 17 septiembre 2024, ECLI:ES:TS:2024:4370). Con la nueva Instrucción de la DGSJyFP, de 28 de abril de 2025, “En ningún caso se admitirá por las personas encargadas de los Registros Civiles, incluidos los Registros Civiles Consulares, como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación de los nacidos mediante gestación subrogada una certificación registral extranjera, o la simple declaración acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor; ni sentencia firme de las autoridades judiciales del país correspondiente” (Directriz Segunda) (Instrucción de 28 de abril de 2025, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución, BOE núm. 105, de 1 mayo 2025).

⁴¹ https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/1292429190384-Dictamen_de_10_de_abril_de_2019_en_relacion_con_el_reconocimiento_en_el_Derecho_interno_de_una_rela.PDF

Vid., G. LAZCOZ MORATINOS/A. GUTIÉRREZ-SOLANA JOURNOUD, “La invisible situación jurídica de las mujeres para el TEDH ante la maternidad subrogada en la primera opinión consultiva del Protocolo N° 16”, *CDT*, vol. 11, n° 2, 2019, pp. 673-692.

⁴² STEDH de 18 diciembre 1986, *Jonhston y otros c. Irlanda*, TOL160.327, apartado 56. Consideró el Tribunal, en este caso, que el respeto a la vida familiar de las parejas de hecho no incluye la obligación de los Estados contratantes de permitir el divorcio y el posterior matrimonio de los miembros de las mismas.

⁴³ STEDH de 24 junio 2010, *Schalk and Kopf vs. Austria*, TOL2.637.646, apartados 90, 94 y 99.

Vid., también, STEDH de 7 noviembre 2013, *Vallianatos y otros c. Grecia*, ECLI:CE:ECHR:2013:1107JUD002938109, apartados 78 y 81; STEDH de 17 enero 2023, *Fedotova y otros c. Rusia*, ECLI:CE:ECHR:2023:0117JUD004079210, apartado 151; STEDH de 21 julio 2015, *Oliari y otros c. Italia*, ECLI:CE:ECHR:2015:0721JUD001876611; STEDH de 16 julio 2014, *Hämäläinen c. Finlandia*, ECLI:CE:ECHR:2014:0716JUD003735909. En la sentencia contra Finlandia, la pareja en cuestión, matrimonio entre hombre y mujer en el que el hombre cambia de sexo y quiere que su matrimonio siga siendo considerado como tal, el Tribunal Europeo entiende que se debería reconocer la unión como pareja de hecho registrada, regulada en el Derecho finlandés con similares derechos a los que tiene el matrimonio en ese ordenamiento. En el caso *Oliari*, la pareja del mismo sexo no tenía un marco normativo que la protegiera al carecer Italia, en ese momento, de regulación de uniones de este tipo. El Tribunal europeo consideró que el Gobierno italiano estaba infringiendo el Convenio al no proporcionar un marco normativo a este tipo de parejas del mismo sexo.

⁴⁴ STEDH de 17 enero 2023, *Fedotova y otros c. Rusia*, ECLI:CE:ECHR:2023:0117JUD004079210, apartado 144.

⁴⁵ STEDH de 14 diciembre 2017, *Orlandi y otros c. Italy*, ECLI:CE:ECHR:2017:1214JUD002643112, apartados 210-211. En este caso, la pareja del mismo sexo contrajo matrimonio en Toronto (Canadá) y solicitaron su reconocimiento Italia, país de la nacionalidad de ambas y, tras un período de estancia en Toronto, por motivos de trabajo, también de residencia. En el caso en cuestión, la pareja no pudo beneficiarse de la Ley italiana 76/2016 de parejas de hecho y, por este motivo, no pudo optar a ser

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, incluso, ha considerado bajo la protección de la vida familiar a las parejas que no cohabitan por razones objetivas, como pueden ser las laborales y, sin embargo, tienen una relación estable y duradera⁴⁶.

25. Estos pronunciamos judiciales del TJUE llevan a confirmar que la pareja de hecho creada conforme a la legislación de un Estado miembro, por lo menos, debería ser tenida en cuenta en el resto de países UE. Es más, se debería extender a todas las instituciones jurídicas el reconocimiento que impone el TJUE en los asuntos sobre nombre y apellidos, y no sólo a determinados efectos⁴⁷. De esta manera, toda relación jurídica creada conforme a la legislación de un Estado miembro debería ser reconocida en los demás Estados de la Unión⁴⁸. Dicho de otra forma, “una familia que vive como tal en un Estado parte tiene derecho a trasladarse a otro Estado parte y a seguir siendo considerada y a vivir como tal “familia” en ese otro Estado parte”⁴⁹. O, como dispone el Tribunal de Justicia, “De ello se deduce que la negativa por parte de las autoridades de un Estado miembro a reconocer el matrimonio de dos ciudadanos de la Unión del mismo sexo contraído durante la residencia de estos en otro Estado miembro constituye un obstáculo al ejercicio del derecho de esos ciudadanos, consagrado en el artículo 21 TFUE, apartado 1, a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. En efecto, tal negativa tendrá como consecuencia que dichos ciudadanos de la Unión se vean privados de la posibilidad de regresar al Estado miembro del que son nacionales y de continuar en él la vida familiar desarrollada o consolidada en el Estado miembro de acogida”⁵⁰. En otros apartados de la sentencia mencionada, el Tribunal europeo afirma que “42. Como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, un nacional de un Estado miembro que, en su condición de ciudadano de la Unión, ha ejercido su libertad de circulación y de residencia en un Estado miembro distinto de su Estado miembro de origen puede invocar los derechos inherentes a dicha condición, en particular los contemplados en el artículo 21 TFUE, apartado 1, también, en su caso, en relación con su Estado miembro de origen (sentencias de 23 de octubre de 2007, *Morgan y Bucher*, C11/06 y C12/06, EU:C:2007:626, apartado 22, y de 5 de junio de 2018, *Coman y otros*, C673/16, EU:C:2018:385, apartado 31). 43. Los derechos reconocidos por esta disposición a los nacionales de los Estados miembros incluyen el de llevar una vida familiar normal tanto en el Estado miembro de acogida como en el Estado miembro del que son nacionales cuando regresen a él, disfrutando de la presencia a su lado de los miembros de su familia, entre los que se incluye su cónyuge (véanse, en este sentido, las sentencias de 14 de noviembre de 2017, *Lounes*, C165/16, EU:C:2017:862, apartado 52, y de 5 de junio de 2018, *Coman y otros*, C673/16, EU:C:2018:385, apartados 32 y 34)”⁵¹.

reconocido su matrimonio como unión de hecho al amparo de esta norma (apartado 193).

En relación con esta norma y la posibilidad que otorga de convertir el matrimonio en una unión de hecho en el caso de que la pareja no prefiera divorciarse en estas circunstancias de cambio de sexo después de las nupcias, S. MARINO/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Marriages across borders within the European Union: Private international law vs. Mutual recognition perspectives”, *CDT*, vol. 16, n° 1, 2024, p. 411.

Vid., también, STEDH de 5 septiembre 2023, *Koilova c. Bulgaria*, ECLI:CE:ECHR:2023:0905JUD004020920, apartado 56, en relación con un matrimonio de dos mujeres búlgaras que se casaron en Reino Unido y solicitaron el reconocimiento de su unión en Bulgaria.

Vid., también, STEDH de 17 enero 2023, *Fedotova y otros c. Rusia*, ECLI:CE:ECHR:2023:0117JUD004079210, ya mencionada, en relación con tres parejas del mismo sexo que solicitaron contraer matrimonio en Rusia, país en el que no se admite este tipo de uniones del mismo sexo, ni como matrimonio ni de ninguna otra manera. El Tribunal, como ya se ha comentado, en este caso, considera que Rusia vulnera al artículo 8 del Convenio por esta razón (apartados 224-225).

⁴⁶ STEDH de 7 noviembre 2013, *Vallianatos y otros c. Grecia*, ECLI:CE:ECHR:2013:1107JUD002938109, apartados 49 y 73; STEDH de 23 febrero 2016, *Pajic c. Croacia*, ECLI:CE:ECHR:2016:0223JUD006845313, apartados 67 y 68. En este último caso, la pareja llevaba dos años de relación pero no vivían en el mismo país. Ella residía en Bosnia, país del que era nacional, y él lo hacía en Croacia. Ella solicita residencia en Croacia para vivir con él.

⁴⁷ *Vid.*, en este sentido, A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Persona física”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado crítico de Derecho Internacional Privado*, volumen III, Edisofer, Madrid, 2024, p. 119.

⁴⁸ J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Orden público europeo en Derecho de familia”, *AEDIPR*, vol. XX, 2021, pp. 305-326.

⁴⁹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado crítico de Derecho Internacional Privado*, volumen III, Edisofer, Madrid, 2024, p. 217.

⁵⁰ STJUE de 25 noviembre 2025, *Cupriak-Trojan*, C-173/23, ECLI:EU:C:2025:917, apartado 54.

⁵¹ STJUE de 25 noviembre 2025, *Cupriak-Trojan*, C-173/23, ECLI:EU:C:2025:917.

26. Como vemos, en los pronunciamientos judiciales del TJUE se relaciona el reconocimiento de instituciones jurídicas de familia con la libre circulación de personas. Y la libre circulación de personas sólo puede predicarse de nacionales europeos.

Sin embargo, teniendo en cuenta lo dispuesto por el TEDH deberíamos afirmar que las instituciones de familia, independientemente del Estado conforme a cuya legislación se hayan creado e independientemente, también, de la nacionalidad de las personas implicadas en la situación jurídica, deberían ser reconocidas en los países vinculados por el CEDH –España, entre otros–, en sintonía con el respeto a la vida privada y familiar del artículo 8 CEDH.

V. Propuesta de normas de conflicto

27. Después de todo lo anteriormente argumentado, las normas de conflicto que se proponen son dos. En primer lugar, como ya se ha anticipado, una norma para determinar la ley aplicable a la existencia, validez y disolución de la pareja de hecho. En segundo lugar, una norma que especifique el ordenamiento rector de los efectos patrimoniales cuando el caso no se encuentre cubierto por el Reglamento UE 2026/1104.

28. Podría parecer buena opción elaborar una única norma de conflicto que se ocupe de todo lo ausente de regulación, a semejanza de lo que estipula el legislador alemán cuando dispone que “*El establecimiento, la disolución y los efectos generales de una unión civil registrada que no entren en el ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2016/1104 están sujetos a las normas sustantivas del Estado que lleva el registro...*” (art. 17.b) apartado 1º del EGBGB)⁵². Sin embargo, creemos más adecuado distinguir entre las dos cuestiones mencionadas, aun cuando, al final, la norma de conflicto aplicable a cada una de ellas pueda conducir al mismo ordenamiento; precisamente, al ordenamiento al que remite la norma de conflicto alemana, *a las normas sustantivas del Estado que lleva el registro*.

Somos de esta opinión, en línea con lo ya expuesto, por coherencia con lo que viene estableciendo el legislador español, quien ha estipulado una norma de conflicto por cada una de las cuestiones de Derecho de familia. En el artículo 9 CC tenemos ocho apartados dedicados a ocho materias distintas, un apartado por materia, y en el artículo 107 CC se encuentra otra norma de conflicto aplicable a otra de las materias de Derecho de familia⁵³. Además, en la mayoría de ellas, el contenido, sino principal sí supletorio, es de remisión a la norma de origen supranacional reguladora de la materia en cuestión⁵⁴. Esta línea de actuación del legislador español lleva a proponer que, en las dos cuestiones de parejas de hecho carentes de regulación, se siga el camino marcado y, en consecuencia, no sólo se propongan dos normas de conflicto distintas, sino que, también, se remita al Reglamento 2016/1104 en lo que a efectos patrimoniales se refiere.

1. Norma de conflicto aplicable a la existencia, validez y disolución de la pareja de hecho

29. Proponemos una única norma de conflicto para las tres cuestiones mencionadas, la existen-

⁵² <https://www.gesetze-im-internet.de/bgbeg/BJNR006049896.html#BJNR006049896BJNG032504360>

⁵³ El artículo 9.1 CC regula, fundamentalmente, el estado y la capacidad de las personas físicas. El artículo 9.2 CC se ocupa de los efectos, personales y económicos de los matrimonios. El artículo 9.3 CC se encarga del régimen económico matrimonial pactado. El artículo 9.4 CC regula la filiación. El artículo 9.5 CC hace lo propio con la adopción. El artículo 9.6 CC se encarga de las medidas de protección de los menores y de las personas con discapacidad. El artículo 9.7 CC regula los alimentos. El artículo 9.8 CC trata la sucesión. El artículo 107 CC se ocupa de la crisis matrimonial.

⁵⁴ El artículo 9.4 CC remite al Convenio de La Haya de 1996 para determinar la ley aplicable al contenido de la filiación y a la responsabilidad parental. El artículo 9.6 CC remite al Convenio de La Haya de 1996, de nuevo, para conocer la ley aplicable a la protección de los menores. El artículo 9.7 CC remite al Protocolo de La Haya de 2007 en lo que se refiere a la ley aplicable a las obligaciones de alimentos. El artículo 107 CC remite a los textos europeos aplicables a la crisis matrimonial motivada por divorcio o separación judicial.

cia, la validez y la disolución de la pareja de hecho.

La existencia y la validez necesariamente deben estar reguladas por el mismo Derecho porque sólo aplicando el mismo ordenamiento podremos garantizar que la pareja de hecho, si existe, es válida. De otro modo, podríamos encontrarnos con parejas de hecho que existan y no sean válidas, lo cual no es práctico, y a la inversa, con parejas de hecho que sean válidas pero que no existan, lo cual no tiene sentido.

Por otro lado, la disolución es lo contrario de la existencia y, por esta razón, lo lógico y sensato es que la misma ley que determina esto último sea la que establezca los supuestos de ruptura de la unión.

30. Teniendo en cuenta la jurisprudencia del TJUE y, sobre todo, las decisiones del TEDH, ya comentadas, se propone que la norma de conflicto para determinar el Derecho rector de la existencia, validez y disolución de la pareja de hecho establezca que la ley aplicable sea la del Estado conforme a cuya legislación se haya constituido la unión⁵⁵.

Con esta conexión, que nos lleva al ordenamiento en cuyo seno se ha creado la pareja de hecho, respetamos y observamos la línea marcada por el TJUE al respecto y, también, nos mantenemos fieles a lo dispuesto por el TEDH en relación con la observancia del artículo 8 CEDH. Por otro lado, una tercera razón para proponer esta norma de conflicto sería dar un tratamiento similar a todas las parejas de hecho, independientemente del Derecho conforme al que se hayan creado, sea el de un Estado UE o no. Y, por último, no nos decantamos por tener en cuenta el Estado donde se encuentra el Registro en el que está inscrita la pareja debido a que, en primer lugar y menos problemático, puede haber varios lugares en los que aparezca inscrita la pareja —en cuyo caso se podría crear un criterio para determinar cuál de ellos debería ser el que determinara la existencia, validez y disolución de la unión— y, en segundo lugar y más importante, porque hay ordenamientos que no exigen el registro de la unión para considerar que existe la pareja, hay ordenamientos en los que el registro, si existe, no es constitutivo ni obligatorio⁵⁶.

2. Norma de conflicto aplicable a los efectos patrimoniales de la pareja de hecho

31. En relación con los efectos patrimoniales de las parejas de hecho, como ya se ha mencionado anteriormente, existe el Reglamento UE 2016/1104 que se encarga de regular estos efectos de las parejas de hecho registradas y que ha empezado a ser aplicable a partir del 29 de enero de 2019.

Esta norma europea deja fuera de su ámbito de aplicación a las parejas de hecho no registradas y, también, a aquellas uniones cuya fecha de registro sea anterior al 29 de enero de 2019 y que no hayan elegido, válidamente, ley aplicable a su régimen económico en fecha posterior a este día o ese mismo día. A todas ellas les sería de aplicación la norma de conflicto de producción interna española cuando el órgano competente para conocer de la cuestión litigiosa sea un juez español. Norma de conflicto de producción interna española que no existe actualmente.

32. Como ya se ha comentado, creemos oportuno seguir la tendencia del legislador español de remitir al contenido, o directamente a la propia norma de producción convencional en vigor en nuestro ordenamiento, a la hora de elaborar los preceptos propios⁵⁷. Por esta razón, la propuesta pasa por lo dis-

⁵⁵ España ha ratificado el Convenio relativo al reconocimiento de uniones de hecho inscritas, hecho en Múnich el 5 de septiembre de 2007 pero, todavía, no ha entrado en vigor (DOCCGG núm. 279, de 26 marzo 2010). Este Convenio prescribe el reconocimiento de las uniones de hecho inscritas en un Estado contratante en el resto de Estados parte de la norma (art. 2).

⁵⁶ Ejemplo de esto último es la Ley de parejas estables de Asturias, según la cual, la unión es estable “cuando los miembros de la pareja hayan convivido maritalmente, como mínimo un período ininterrumpido de un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia, o salvo que hayan expresado su voluntad de constituir una pareja estable en documento público, o se hayan inscrito en el Registro de Uniones de Hecho del Principado de Asturias” (artículo 3.2 de la Ley 4/2002, de 23 de mayo de parejas estables, BOPA núm. 125, de 31 mayo 2002; BOE núm. 157, de 2 julio 2002).

En Derecho comparado, en el ordenamiento austriaco o el belga, entre otros, se admiten las parejas de hecho no registradas (<https://www.notariesofeurope.eu/en/faq5/couples-in-europe/couples-in-austria/>; <https://www.notariesofeurope.eu/en/faq5/couples-in-europe/couples-in-bulgaria/>).

⁵⁷ A favor de escoger el país de registro de la unión como conexión para determinar el Derecho aplicable a los efectos patrimoniales de las parejas de hecho, *vid.*, A. CEBRIÁN SALVAT, “Los efectos patrimoniales de las parejas no registradas en Derecho

puesto en el Reglamento europeo 2016/1104.

1. Reglamento 2016/1104

A. Concepto de *unión registrada*

33. El Reglamento 2016/1104 regula los efectos patrimoniales de las uniones registradas. El texto europeo define estas uniones como “*régimen de vida en común de dos personas regulado por ley, cuyo registro es obligatorio conforme a dicha ley y que cumple las formalidades jurídicas exigidas por dicha ley para su creación*” (art. 3.1.a)⁵⁸. Se trata de un concepto autónomo, válido sólo en el marco del Reglamento⁵⁹.

34. Pese a la definición anterior, el legislador no ha querido imponer ninguna concepción acerca de las uniones de hecho registradas. Así es, el Considerando 17 del Reglamento afirma la libertad que tienen los Estados miembros de regular en sus ordenamientos esta institución⁶⁰. Esto es así porque las parejas registradas es un fenómeno con diferente contenido en los distintos Estados europeos⁶¹. Se trata de una figura de carácter *multiforme*⁶².

Como el concepto que aporta el Reglamento de *uniones registradas* lo es sólo a los efectos de esta norma, sin afectar al contenido que la unión registrada tenga en el Derecho material en cuestión, dependiendo de la legislación del Estado de registro de la pareja, ésta puede ser del mismo sexo o de sexo diferente⁶³; lo cual genera inseguridad jurídica⁶⁴.

35. El registro al que alude el precepto debe ser uno público u oficial y, por ende, debe poder ser

internacional privado español”, *CDT*, vol. 10, nº 1, 2018, p. 139.

⁵⁸ E. MALAGOLI, “Regime patrimoniale dei coniugi ed effetti patrimoniali delle unioni civili: i Regolamenti UE “gemelli” n. 2016/1103 e n. 2016/1104”, *Contratto e impresa*, nº 2, 2016, p. 831; L. USUNIER, “Libre, mobile, divers: le couple au miroir du droit international privé de l’Union européenne”, *Revue Trimestrielle de droit civil*, nº 4, 2016, p. 807; P. PEITEADO MARISCAL, “Competencia internacional por conexión en materia de régimen económico matrimonial y de efectos patrimoniales de uniones registradas. Relación entre los Reglamentos 2201/2003, 650/2012, 1103/2016 y 1104/2016”, *CDT*, vol. 9, nº 2, 2017, pp. 3405-306.

De la definición transcrita, lo primero que podemos concluir es que el Reglamento no se ocupa de regular las relaciones patrimoniales de uniones poligámicas (A. DUTTA, “Beyond Husband and Wife –New Couple Regimes and the European Matrimonial Property Regulations”, *Yearbook of private international law*, vol. XIX, 2017-2018, p. 147).

⁵⁹ P. PEITEADO MARISCAL, “Competencia internacional por conexión en materia de régimen económico matrimonial y de efectos patrimoniales de uniones registradas. Relación entre los Reglamentos 2201/2003, 650/2012, 1103/2016 y 1104/2016”, *CDT*, vol. 9, nº 2, 2017, p. 305; A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea”, *CDT*, vol. 11, nº 1, 2019, p. 23; J.M. FONTANELLAS MORELL, “Una primera lectura de las Propuestas de Reglamento comunitario en materia de regímenes económico matrimoniales y de efectos patrimoniales de las uniones registradas”, en C. PARRA RODRÍGUEZ (dir.), *Nuevos Reglamentos comunitarios y su impacto en el derecho catalán*, Bosch, 2012, p. 262.

⁶⁰ L. USUNIER, “Libre, mobile, divers: le couple au miroir du droit international privé de l’Union européenne”, *Revue Trimestrielle de droit civil*, nº 4, 2016, p. 807.

⁶¹ Para tener una panorámica general sobre la regulación de esta institución y sus efectos en los ordenamientos europeos, *vid.*, M. SOTO MOYA, “El Reglamento (UE) 2016/1104 sobre régimen patrimonial de las parejas registradas: algunas cuestiones controvertidas de su puesta en funcionamiento en el sistema español de DIPr”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 35, 2018, pp. 11-15; A. CEBRIÁN SALVAT, “Los efectos patrimoniales de las parejas no registradas en Derecho internacional privado español”, *CDT*, vol. 10, nº 1, 2018, pp. 127-143; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

⁶² A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea”, *CDT*, vol. 11, nº 1, 2019, p. 14.

⁶³ *Id.*, en relación con la posibilidad de que la pareja sea de personas del mismo sexo, A. DUTTA, “Beyond Husband and Wife –New Couple Regimes and the European Matrimonial Property Regulations”, *Yearbook of private international law*, vol. XIX, 2017-2018, p. 147.

⁶⁴ M. SOTO MOYA, “El Reglamento (UE) 2016/1104 sobre régimen patrimonial de las parejas registradas: algunas cuestiones controvertidas de su puesta en funcionamiento en el sistema español de DIPr”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 35, 2018, p. 16.

consultado por terceros⁶⁵.

Relacionado con esto, cabría preguntarse si el registro de la unión debe ser constitutivo de la misma o puede ser meramente declarativo⁶⁶. La doctrina considera que la ley del país donde se encuentre el registro será la que tenga que determinar si éste debe tener un carácter u otro, admitiendo, por tanto, las dos opciones dentro del ámbito de aplicación del Reglamento⁶⁷. En cuanto a la naturaleza del registro –civil, administrativo, etc.– no debería tener relevancia en este marco⁶⁸.

Por otro lado, también es necesario cuestionarse acerca del lugar dónde debe estar registrada la unión. En este sentido, ese Estado puede ser cualquiera, no tiene que ser, por tanto, un país miembro de la Unión Europea⁶⁹.

36 De la definición transcrita se extrae la conclusión de que el régimen patrimonial de las parejas de hecho no registradas queda fuera del ámbito de aplicación de la norma⁷⁰. Así como, también, el de las parejas de hecho no reguladas⁷¹.

37. En estos casos no cubiertos por el Reglamento de efectos patrimoniales de las uniones registradas, el órgano jurisdiccional tendrá que aplicar las normas de producción interna que existan en su ordenamiento. En España, teniendo en cuenta que no contamos con ninguna norma de conflicto de producción nacional que regule esta institución de las parejas de hecho, concretamente, los efectos patrimoniales de las mismas, tendrán que ser los tribunales los que decidan al respecto⁷².

Como ya se ha mencionado, el Tribunal Supremo español, y también el TC, sigue el principio de no equiparar las uniones extramatrimoniales con el matrimonio. Por lo tanto, a las primeras no se les puede aplicar la misma regulación existente respecto del matrimonio. En este sentido, las relaciones

⁶⁵ A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea”, *CDT*, vol. 11, nº 1, 2019, p. 24. Siguiendo al autor citado, en España carecemos de este Registro público y su existencia resolvería muchas situaciones problemáticas que pueden surgir en esta materia. Como se mencionará más adelante, el Proyecto de Ley de familias sí prevé la creación de un Registro estatal de parejas de hecho (art. 6.2) (121/000011 Proyecto de Ley de Familias, BOCG, Núm. 11-1, de 8 marzo 2024, Serie A).

⁶⁶ M. SOTO MOYA, “El Reglamento (UE) 2016/1104 sobre régimen patrimonial de las parejas registradas: algunas cuestiones controvertidas de su puesta en funcionamiento en el sistema español de DIPr”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 35, 2018, p. 11; A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea”, *CDT*, vol. 11, nº 1, 2019, p. 25.

⁶⁷ M. SOTO MOYA, “El Reglamento (UE) 2016/1104 sobre régimen patrimonial de las parejas registradas: algunas cuestiones controvertidas de su puesta en funcionamiento en el sistema español de DIPr”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 35, 2018, p. 11; A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea”, *CDT*, vol. 11, nº 1, 2019, p. 5.

⁶⁸ A. DUTTA, “Beyond Husband and Wife –New Couple Regimes and the European Matrimonial Property Regulations”, *Yearbook of private international law*, vol. XIX, 2017-2018, p. 148.

⁶⁹ M. SOTO MOYA, “El Reglamento (UE) 2016/1104 sobre régimen patrimonial de las parejas registradas: algunas cuestiones controvertidas de su puesta en funcionamiento en el sistema español de DIPr”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 35, 2018, pp. 10-11; A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea”, *CDT*, vol. 11, nº 1, 2019, p. 25.

⁷⁰ A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea”, *CDT*, vol. 11, nº 1, 2019, p. 15; M. SOTO MOYA, “El Reglamento (UE) 2016/1104 sobre régimen patrimonial de las parejas registradas: algunas cuestiones controvertidas de su puesta en funcionamiento en el sistema español de DIPr”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 35, 2018, p. 10; A. CEBRIÁN SALVAT, “Los efectos patrimoniales de las parejas no registradas en Derecho internacional privado español”, *CDT*, vol. 10, nº 1, 2018, p. 35.

⁷¹ J.M. FONTANELLAS MORELL, “Una primera lectura de las Propuestas de Reglamento comunitario en materia de regímenes económico matrimoniales y de efectos patrimoniales de las uniones registradas”, en C. PARRA RODRÍGUEZ (dir.), *Nuevos Reglamentos comunitarios y su impacto en el derecho catalán*, Bosch, 2012, p. 262.

⁷² J.M. FONTANELLAS MORELL, “Una primera lectura de las Propuestas de Reglamento comunitario en materia de regímenes económico matrimoniales y de efectos patrimoniales de las uniones registradas”, en C. PARRA RODRÍGUEZ (dir.), *Nuevos Reglamentos comunitarios y su impacto en el derecho catalán*, Bosch, 2012, p. 269.

Vid., AAP Madrid, 20 febrero 2009 (JUR 2009/170695) –la Audiencia Provincial de Madrid, en este auto, utiliza los foros previstos para el matrimonio respecto de una unión extramatrimonial–; AAP de Barcelona, de 15 diciembre 2010 (JUR 2011/88378) –la Audiencia Provincial de Barcelona, en cambio, considera que no son apropiados los foros previstos para el matrimonio en relación con una pareja que no lo es, a estos efectos de la relaciones patrimoniales–. El primer autor ha sido comentado por S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *REDI*, LXI (2009-1), pp. 192-194.

patrimoniales entre las parejas de hecho se suelen tratar desde la perspectiva del enriquecimiento injusto por parte de los órganos jurisdiccionales⁷³.

La doctrina critica el hecho de que un fenómeno tan extendido en la actualidad, como es la unión de dos personas sin vínculo nupcial, no tenga todavía ninguna regulación a nivel estatal en España⁷⁴.

38. Por último, el Reglamento regula sólo los efectos patrimoniales de las uniones registradas, no así, los efectos personales, ni la constitución o disolución de las mismas⁷⁵.

B. Ley aplicable

39. El Reglamento de efectos patrimoniales de uniones registradas permite que las parejas elijan ley aplicable a esta cuestión. Se trata de una posibilidad limitada a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de los/as miembros de la pareja en el momento de la elección, así como, también, a la ley conforme a la que se ha creado la unión (art. 22.1.c)⁷⁶.

40. La doctrina señala que, en relación con las parejas registradas, no es conveniente admitir la autonomía de la voluntad en el Derecho aplicable al régimen patrimonial debido a que muchos ordenamientos no regulan esta institución de las uniones de hecho⁷⁷. Precisamente, la Propuesta de Reglamento de 2011 no contemplaba esta posibilidad de elección de ley de la pareja (art. 15).

La Agencia Europea de Derechos Fundamentales, sin embargo, manifestó su opinión acerca de que la Propuesta de Reglamento de 2011 fuera modificada para admitir la autonomía de la voluntad. Según la Agencia, no permitir que la pareja pudiera elegir ley aplicable a su régimen patrimonial atentaba contra el artículo 20 de la Carta de Derechos Fundamentales –que regula la igualdad ante la ley– y contra el artículo 21 de este texto, que recoge el principio de no discriminación⁷⁸.

41. Otra crítica a esta opción de los miembros de la unión registrada de poder escoger Derecho aplicable a su régimen patrimonial se encuentra en el hecho de que, de esta manera, se deja a su voluntad el contenido que puede tener, que puede ser mayor o menor que el previsto en el país donde fue creada la unión; desvirtuando, de esta manera, la institución tal como es concebida por ese Estado de registro⁷⁹.

42. Para evitar que la elección de ley carezca de sentido, el artículo 22 indica que el ordenamien-

⁷³ STS 15 enero 2018 (RJ 2018\76), entre otras.

⁷⁴ A. ASÍN CABRERA, “Le partenariat en droit espagnol; quel avenir pour une réglementation en droit international privé?”, *Aspects de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe*, Ginebra/Zurich/Basilea, Schulthess, 2004, p. 71.

⁷⁵ J.M. FONTANELLAS MORELL, “Una primera lectura de las Propuestas de Reglamento comunitario en materia de regímenes económico matrimoniales y de efectos patrimoniales de las uniones registradas”, en C. PARRA RODRÍGUEZ (dir.), *Nuevos Reglamentos comunitarios y su impacto en el derecho catalán*, Bosch, 2012, p. 262; N. JOUBERT, “La dernière pierre (provisoire?) à l’édifice du droit international privé européen en matière familiale. Les règlements du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés”, *RCDIP*, n° 1, 2017, p. 7.

⁷⁶ P. LAGARDE, “Règlements 2016/1103 et 1104 du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés”, *RDIPP*, n° 3, 2016, p. 681; N. JOUBERT, “La dernière pierre (provisoire?) à l’édifice du droit international privé européen en matière familiale. Les règlements du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés”, *RCDIP*, n° 1, 2017, p. 17; R.M. MOURA RAMOS, “La spécificité des effets patrimoniaux des partenariats enregistrés dans le droit international privé de l’Union Européenne”, *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, t. XVIII, 2018, p. 53.

⁷⁷ E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Los efectos patrimoniales de las uniones registradas: algunas consideraciones sobre la propuesta de Reglamento del Consejo”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2011, pp. 950-952; H. PÉROZ/E. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille*, 2ª ed., Lexis Nexis, Paris, 2017, p. 217.

⁷⁸ M.E. MAGRONE, “Un’Europe a geometría supervariabile in materia di regimi patrimoniali delle coppie internazionali? Prime considerazioni sui regolamenti 2016/1103 e 2016/1104”, *Dialoghi con Ugo Villani*, T. II, Cacucci Editori, Bari, 2017, p. 1137.

⁷⁹ C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “The Proposal for a Council Regulation on the property consequences of registered partnerships”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 13, 2011, p. 194; B. AÑOVEROS TERRADAS, “El régimen conflictual de las capitulaciones en los nuevos Reglamentos de la Unión Europea en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVII, 2017, p. 834.

to elegido debe atribuir efectos patrimoniales a la unión registrada (Considerando 44)⁸⁰. En los supuestos en los que no fuera así, la elección de ley no sería válida⁸¹.

43. En defecto de elección de ley, el ordenamiento jurídico aplicable a la unión registrada es aquel conforme al que ha sido creada la misma (art. 26)⁸².

En la Propuesta de Reglamento del 2011 esta ley aplicable al régimen patrimonial de la pareja era la del Estado donde se encontraba registrada la unión. La conexión utilizada, por tanto, era diferente a la existente en la versión definitiva del Reglamento. En efecto, el país de constitución de la pareja no tiene por qué coincidir con el país conforme a cuya ley ha sido creada⁸³. Aunque, normalmente, será así⁸⁴.

44. En el Reglamento sobre régimen económico matrimonial, el Reglamento 2016/1103, la primera conexión, en defecto de elección de ley, es la primera residencia habitual común después de la celebración del matrimonio (art. 26.1.a), conexión distinta a la prevista para las parejas extramatrimoniales. Esta diferencia de las uniones de hecho registradas respecto de los matrimonios no es muy importante a efectos prácticos, debido a que, normalmente, el país conforme a cuya ley se ha creado la pareja será el país de primera residencia habitual común de la misma⁸⁵.

Cabría preguntarse, no obstante, cuáles han sido las razones para que el legislador haya cambiado la regulación paralela con el matrimonio en este punto. Quizá, haya considerado que las conexiones personales no son adecuadas respecto de las uniones registradas, destacando, de esta manera, que ambas instituciones, el matrimonio y estas uniones, pueden ser tratadas de forma similar pero con algunos límites⁸⁶.

45. Esta conexión, aplicable en defecto de elección de ley, invita a pensar cómo identificar esa ley conforme a la que ha sido creada la unión. Si en el acta matrimonial aparecen los datos al respecto y en el Estado del foro se reconocen efectos a ese documento público, la pregunta tiene respuesta. Sin embargo, si no es así, habría que aplicar el Derecho Internacional Privado del foro para determinar la ley conforme a la que ha sido creada la pareja⁸⁷. Y, teniendo en cuenta lo anterior, podría ocurrir que fueran varias las leyes aplicables a la constitución de la pareja –ley para la validez formal, ley para la validez material, ley para la capacidad de los miembros de la pareja, etc.–⁸⁸.

La conexión del registro de la unión, recogida en la Propuesta de Reglamento, hubiera planteado otro problema que acontecería en los supuestos en los que la pareja se hubiera registrado en dos países en momentos distintos. En este escenario, habría que determinar la ley de cuál de esos dos Estados debería ser aplicable. Un sector doctrinal consideraba que el Estado en el que se ha registrado la pareja en

⁸⁰ H. PÉROZ/E. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille*, 2ª ed., Lexis Nexis, Paris, 2017, p. 218.

⁸¹ H. PÉROZ/E. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille*, 2ª ed., Lexis Nexis, Paris, 2017, p. 218; S. MARINO, “Strengthening the european civil judicial cooperation: the patrimonial effects on family relationships”, *CDT*, vol. 9, nº 1, 2017, p. 277.

⁸² P. LAGARDE, “Reglements 2016/1103 et 1104 du 24 juin 2016 sur les regimes matrimoniaux et sur le regime patrimonial des partenariats enregistrés”, *RDIPP*, nº 3, 2016, p. 683; M.E. MAGRONE, “Un’Europe a geometria supvariabile in materia di regimi patrimoniali delle coppie internazionali? Prime considerazioni sui regolamenti 2016/1103 e 2016/1104”, *Dialoghi con Ugo Villani*, T. II, Cacucci Editori, Bari, 2017, p. 1138; N. JOUBERT, “La dernière pierre (provisoire?) à l’édifice du droit international privé européen en matière familiale. Les règlements du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés”, *RCDIP*, nº 1, 2017, p. 19; R.M. MOURA RAMOS, “La spécificité des effets patrimoniaux des partenariats enregistrés dans le droit international privé de l’Union Européenne”, *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, t. XVIII, 2018, p. 53.

⁸³ H. PÉROZ/E. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille*, 2ª ed., Lexis Nexis, Paris, 2017, p. 219.

⁸⁴ S. MARINO, “Strengthening the european civil judicial cooperation: the patrimonial effects on family relationships”, *CDT*, vol. 9, nº 1, 2017, pp. 281-282.

⁸⁵ L. USUNIER, “Libre, mobile, divers: le couple au miroir du droit international privé de l’Union européenne”, *Revue Trimestrielle de droit civil*, nº 4, 2016, p. 812.

⁸⁶ R.M. MOURA RAMOS, “La spécificité des effets patrimoniaux des partenariats enregistrés dans le droit international privé de l’Union Européenne”, *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, t. XVIII, 2018, pp. 57-58.

⁸⁷ S. MARINO, “Strengthening the european civil judicial cooperation: the patrimonial effects on family relationships”, *CDT*, vol. 9, nº 1, 2017, p. 281.

⁸⁸ S. MARINO, “Strengthening the european civil judicial cooperation: the patrimonial effects on family relationships”, *CDT*, vol. 9, nº 1, 2017, p. 281.

segundo lugar sería, probablemente, el territorio en el que actualmente tiene su centro social de vida, por lo tanto, este debería ser el país cuyo ordenamiento debería regir el régimen patrimonial de la pareja⁸⁹. Otro, en cambio, afirma que debe ser la ley nacional la que determine cuál de los dos registros debe prevalecer a estos efectos⁹⁰.

46. En último lugar, se debe hacer mención a la cláusula de escape que recoge el artículo 26.2 del Reglamento. Según este apartado, *“A modo de excepción y a instancia de cualquiera de los miembros de la unión registrada, la autoridad judicial que tenga competencia para resolver en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas podrá decidir que la ley de un Estado distinto del Estado cuya ley sea aplicable en virtud del apartado 1 regirá los efectos patrimoniales de la unión registrada en el caso de que la ley de dicho Estado distinto atribuya efectos patrimoniales a la institución de la unión registrada y si el demandante demuestra que: a) los miembros de la unión registrada mantuvieron su última residencia habitual común en dicho Estado durante un período de tiempo significativamente largo, y; b) ambos miembros de la unión registrada se basaron en la ley de dicho Estado distinto para organizar o planificar sus relaciones patrimoniales. La ley de ese Estado distinto solo se aplicará a partir de la creación de la unión registrada, a menos que uno de sus miembros no esté de acuerdo. En este último caso, la ley de ese otro Estado surtirá efecto a partir del establecimiento de la última residencia habitual común en dicho Estado. La aplicación de la ley de ese Estado distinto no afectará negativamente a los derechos de terceros derivados de la ley aplicable en virtud del apartado 1. El presente apartado no se aplicará cuando los miembros de la unión registrada hayan celebrado capitulaciones con anterioridad al establecimiento de su última residencia habitual común en dicho Estado”*⁹¹.

2. Propuesta de norma de conflicto de producción interna española

47. La norma de conflicto propuesta en esta materia tendría un contenido de remisión al Reglamento 2016/1104 y, en consecuencia, con ella estableceríamos que los convivientes pueden elegir el Derecho que quieran que rija sus relaciones patrimoniales, entre el ordenamiento de la nacionalidad o residencia habitual de cualquiera de ellos/as, en el momento de la elección, y el Derecho conforme al que ha sido creada la pareja.

En defecto de elección, la ley aplicable a los efectos patrimoniales sería la del Estado conforme a cuyo Derecho se ha constituido la pareja de hecho. De esta manera, con esta conexión aseguramos que el ordenamiento rector contemple la pareja de hecho y proporcione regulación al respecto, al ser el Derecho rector de su creación.

VI. Regulación estatal de parejas de hecho

48. Hemos de poner de manifiesto en este punto que existe una tendencia a no admitir la regulación estatal de las parejas de hecho, entre otras razones, porque, según el TS y el TC, las uniones extra-matrimoniales no pueden tener vinculados determinados derechos y obligaciones, ya que, precisamente, no han contraído matrimonio para tener la libertad de no verse obligadas por ellos⁹².

⁸⁹ E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Los efectos patrimoniales de las uniones registradas: algunas consideraciones sobre la propuesta de Reglamento del Consejo”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2011, p. 950.

⁹⁰ S. MARINO, “Strengthening the european civil judicial cooperation: the patrimonial effects on family relationships”, *CDT*, vol. 9, n° 1, 2017, p. 282. La autora realiza esa afirmación en el marco del Reglamento UE, en relación con los efectos que pudieran derivarse del registro de la unión conforme a la ley de país de ubicación del Registro.

⁹¹ S. MARINO, “Strengthening the european civil judicial cooperation: the patrimonial effects on family relationships”, *CDT*, vol. 9, n° 1, 2017, p. 282.

⁹² STS de 15 enero 2018, ECLI:ES:TS:2018:37, FD Quinto; STS 16 junio 2011, ECLI:ES:TS:2011:3634, FD Quinto; STS 12 septiembre 2005, ECLI:ES:TS:2005:5270, FD Segundo y Tercero; STS 8 mayo 2008, ECLI:ES:TS:2008:2724, FD Tercero; STS 19 octubre 2006, ECLI:ES:TS:2006:6421, FD Segundo; STS 17 junio 2003, ECLI:ES:TS:2003:4196, FD Segundo; STS de 30 octubre 2008, ECLI:ES:TS:2008:7175, FD Tercero.

Según afirma el TC, *“Para efectuar tal análisis hemos de acudir a las normas que establecen el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley, contenidas esencialmente en su art. 2 donde, tras recoger una definición de pareja estable «a efectos de la aplicación de esta Ley Foral» (apartado 1), se ofrece en el párrafo primero del apartado 2 una especificación de dicha definición, señalando en qué supuestos asigna el legislador navarro a una pareja la condición de estable ipso iure. Los dos primeros supuestos –un año de convivencia o hijos en común– conducen a la atribución ex lege de la condición de pareja estable por la mera concurrencia de alguna de tales circunstancias, dando lugar a una calificación jurídica de determinadas situaciones de hecho, a la que se asociará la aplicación del contenido de derechos y obligaciones incluido en la regulación legal, prescindiendo de la voluntad conjunta de los integrantes de la unión de hecho de someterse a las previsiones de la Ley Foral. Lo cual es claro que no resulta respetuoso del derecho fundamental consagrado en el art. 10.1 CE. Únicamente resultaría acorde con tal derecho y respetuoso de la libre voluntad de los integrantes de la pareja, una regulación de carácter dispositivo, como es la que se acoge en el tercero de los supuestos enunciados en párrafo primero del art. 2.2 de la Ley Foral, referido a las parejas que hayan expresado en documento público su voluntad de constituirse como pareja estable; supuesto que los propios recurrentes entienden que respeta la libre voluntad de los sujetos”* (FD 9)⁹³.

49. En la actualidad, existe un Proyecto de Ley de familias en el que se alude a las parejas de hecho como modelo de familia que merece el mismo apoyo y protección que el resto de familias⁹⁴. En este marco, se consideran parejas de hecho *“las resultantes de la unión estable de dos personas unidas por una relación afectiva análoga a la conyugal, en los términos y con los requisitos legalmente establecidos, cuando conste registrada como tal en un registro de carácter público de parejas de hecho, o se haya constituido como tal en escritura pública”* (art. 2.2.c). Además, se insta la creación de un Registro estatal de uniones *more uxorio como registro centralizado de las parejas de hecho que hayan sido previamente inscritas en los registros autonómicos y locales de parejas de hecho y de aquellas otras parejas que se determine legalmente* (art. 6.2).

No se trata de una regulación a nivel nacional de parejas de hecho sino de un reconocimiento de este modelo de familia, como uno de los existentes en nuestra sociedad, que debe ser objeto de protección, como el resto, por parte de las instituciones públicas.

50. Volviendo a la premisa de la que partimos, el hecho de no contar con una norma de producción estatal de parejas de hecho, además de no tener un Registro, también nacional, es una de las quejas que reiteradamente ha manifestado, entre otros, el Defensor del Pueblo⁹⁵. En este sentido, se ha considerado la falta de este Registro nacional como uno de los factores que dificultan la prueba de la existencia de la unión de hecho a efectos de conseguir la autorización de residencia como familiar de un nacional europeo⁹⁶. En el año 2013, en el Informe anual del Defensor del Pueblo se afirmaba que *“está en fase de estudio y análisis una posible legislación específica de ámbito nacional en la que se contemple un*

STC 93/2013, de 23 abril 2013, ECLI:ES:TC:2013:93

⁹³ STC 93/2013, de 23 abril 2013, ECLI:ES:TC:2013:93.

Vid., en relación esta sentencia y las consecuencias que implica, M. MARTÍN CASALS, “El derecho a la *“convivencia anónima en pareja”*: ¿Un nuevo derecho fundamental? Comentario general a la STC de 23.4.2013 (RTC 201393)”, *Indret*, n° 3, 2013, 43 p.; J.L. IRIARTE ÁNGEL, “Parejas de hecho, Constitución y conflictos de leyes internos. Reflexiones acerca de la sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de abril de 2013 (recurso de inconstitucionalidad 5297-2000)”, *Boletín JADO*, año XII, n°1 24, junio 2013, Bilbao, pp. 169-183; M.A. EGUSQUIZA BALMASEDA, “Cambio de rumbo en legislativo de las parejas estables: SSTC 81/2003, de 11 de abril de 2013 y 93/2003, de 23 de abril de 2013”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, n° 5, 2013, pp. 75-115.

⁹⁴ 121/000011 Proyecto de Ley de Familias, BOCG, Núm. 11-1, de 8 marzo 2024, Serie A.

⁹⁵ Defensor del Pueblo, “Informe anual a las Cortes Generales”, 2012, p. 167; Defensor del Pueblo, “Informe anual 2013 y debate en las Cortes Generales”, Madrid, 2014, p. 180; Defensor del Pueblo, “Informe anual 2014 y debate en las Cortes Generales”, Madrid, 2015, p. 232.

El TC ha declarado que la exigencia de inscripción en un registro público de la pareja de hecho para considerarla existente es conforme a la Constitución, ya que, *favorece la seguridad jurídica y evita el fraude en la reclamación de pensiones de viudedad* (STC 51/2014, de 7 abril 2014, ECLI:ES:TC:2014:51, FJ 3).

⁹⁶ Defensor del Pueblo, “Informe anual a las Cortes Generales”, 2012, p. 167.

*estatuto jurídico mínimo común a todas las parejas de hecho sin perjuicio de que cada comunidad autónoma determine las especialidades que estime necesarias, acordes con sus respectivas competencias*⁹⁷.

En el año 2015, en ese Informe del Defensor del Pueblo se puso de manifiesto que la jurisprudencia constitucional desaconseja crear un Registro estatal de parejas de hecho, debido a que, ello podría limitar la libertad personal de los miembros de la pareja. El propio Tribunal Constitucional afirma, en relación con la falta de regulación nacional, que “*Aunque no resulte difícil apreciar las disfunciones que pueden llegar a producirse por la ausencia de una regulación estatal que defina el estatuto jurídico de las parejas de hecho en todo el territorio nacional, no es posible abordar la queja expuesta con ocasión de la resolución del presente recurso de amparo pues «es doctrina reiterada de este tribunal que el objeto del recurso de amparo ha de referirse necesariamente a lesiones concretas y efectivas de derechos fundamentales (entre otras muchas, SSTC 167/1986, de 22 de diciembre, FJ 4; 363/1993, de 13 de diciembre, FJ 4; 52/1992, de 8 de abril, FJ 1, y 78/1997, de 21 de abril, FJ 3)*”⁹⁸.

51. Por otro lado, las propias parejas acuden a los tribunales a interponer demandas reclamando determinados derechos que consideran se derivan de su unión de hecho, sobre todo, cuando ésta se rompe. Los órganos jurisdiccionales están resolviendo continuamente litigios relativos a estas uniones creando respuestas en cada caso, respuestas, dispares y no uniformes.

Los tribunales deberían aplicar e interpretar las leyes y el legislador debería legislar⁹⁹. Aunque sólo sea por esto, porque los órganos jurisdiccionales ofrezcan una respuesta uniforme, fundamentada en la misma norma, debería haber una ley nacional de parejas de hecho¹⁰⁰. Con ella, se ofrecería seguridad jurídica al justiciable, quien dejaría atrás la incertidumbre de no saber cómo resolverá el tribunal su controversia¹⁰¹. El legislador debe dar respuesta a la realidad social de cada momento y los numerosos casos que llegan a los tribunales indican que tenemos una realidad que presenta problemas, que necesita estar regulada para ofrecer seguridad jurídica acerca de cómo se deben solucionar los litigios que surjan en su marco.

52. Rebatiendo el temor del TC de elaborar una norma estatal de parejas de hecho, así como, la creación de un Registro estatal, sería posible abordar ambos aspectos sin afectar a la libertad de actuación de los convivientes ni vulnerar su derecho al libre desarrollo de la personalidad. Así, por ejemplo, tal

⁹⁷ Defensor del Pueblo, “Informe anual 2013 y debate en las Cortes Generales”, 2013, p. 180.

⁹⁸ STC 40/2022, de 21 marzo 2022, ECLI:ES:TC:2022:40, FJ 4.

⁹⁹ Artículo 1.6 CC: “*La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*”.

¹⁰⁰ En contra de la necesidad de que haya una ley nacional de parejas de hecho porque la ley nacional nunca va a poder suponer una armonización estatal en la materia, C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Las parejas no casadas”, en M. YZQUIERDO TOLSADA/M. CUENA CASAS (dirs.), *Tratado de Derecho de la familia*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 849-1047. La autora considera que una ley estatal de parejas de hecho no va a resolver el caos que existe en la actualidad con la variedad de leyes autonómicas sobre la cuestión debido a que, en relación con las CCAA con competencia en la materia, el legislador nacional no puede disponer el contenido de la normativa en todo el territorio español (C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Las parejas no casadas”, en M. YZQUIERDO TOLSADA/M. CUENA CASAS (dirs.), *Tratado de Derecho de la familia*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2017, p. 891. *Vid.*, también, en este mismo sentido, E. ROCA TRÍAS, “Repensar las parejas de hecho”, en *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, 2005, pp. 430-431).

En opinión de algunos autores, el hecho de tener, desde el año 2015, una Ley que admite el matrimonio de personas del mismo sexo, unido a la circunstancia, también, de que el ordenamiento español regula la posibilidad de divorcio a los tres meses de la celebración del matrimonio y sin necesidad de alegar causa alguna, esto último, en virtud de la Ley 15/2005 de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, BOE núm. 163, de 9 julio 2005, hacen que no tenga sentido elaborar una ley estatal de parejas de hecho (C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Las parejas no casadas”, en M. YZQUIERDO TOLSADA/M. CUENA CASAS (dirs.), *Tratado de Derecho de la familia*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 909-912; E. ROCA TRÍAS, “Repensar las parejas de hecho”, en *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, 2005, p. 415).

¹⁰¹ *Vid.*, en este sentido, de “*tratamiento de las relaciones de parejas por parte de legisladores y tribunales [que] puede calificarse de complejo, contradictorio, caótico en algunos supuestos, y en ocasiones, lo que aún resulta más peligroso, contrario al principio de seguridad jurídica*”, eso sí, en opinión de la autora, no originado por la falta de regulación estatal de parejas de hecho, C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Las parejas no casadas”, en M. YZQUIERDO TOLSADA/M. CUENA CASAS (dirs.), *Tratado de Derecho de la familia*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 857-859.

como se explica en la STC 93/2013, si la normativa indica que serán parejas de hecho las que compartan una convivencia de un año o las que tengan algún hijo/a en común y anuda a las mismas determinadas consecuencias, esta regulación limitará la libertad de actuación de las personas que hayan querido unirse al margen del matrimonio y que no quieran verse sometidas a concretos efectos jurídicos. Ahora bien, si se considera parejas de hecho a aquellas que así lo hayan manifestado de manera libre en documento público, como la existencia de las mismas depende de la voluntad de ellas, no habría infracción del derecho al libre desarrollo de la personalidad (FD. 9, STC 93/2013). En cuanto al Registro nacional, si se establece, por ejemplo, como registro en el que anotar las parejas de hecho que se encuentren inscritas en cualquier registro local o autonómico, esto es, si se configura como un registro de control, para evitar solapamientos, no constitutivo, no habría razón para entender que su existencia no vulneraría el libre desarrollo de la personalidad¹⁰². Ahora bien, si se configura como un registro más, constitutivo, habría que poner especial cuidado a la hora de establecer que la inscripción en el mismo debe ser voluntaria para la pareja para, así, no cercenar la libertad de actuación de los ciudadanos¹⁰³.

53. Con todo lo anterior, concluimos la conveniencia, y necesidad, de elaborar una norma estatal de parejas de hecho¹⁰⁴. El contenido de la misma podría ser muy variado, sin embargo, si nos alineamos con esta jurisprudencia del TS y del TC, nuestra Ley de parejas de hecho debería regular estas uniones teniendo en cuenta que no son matrimonio y, a la vez, sabiendo que se consideran relaciones de familia. Se puede proponer un modelo más contractual, similar al francés de los PACs (arts. 515-1 à 515-7-1 Code Civil Français)¹⁰⁵.

Las parejas podrían disponer lo que quisieran en relación a los efectos derivados de su unión, siempre respetando la ley, la moral y el orden público (art. 1255 CC). Y, en caso de que no pactaran nada, el régimen podría ser similar al existente para los matrimonios. Con esta regulación se satisfacerían las expectativas de todos los ciudadanos. Aquellos que quieran contraer matrimonio, podrían hacerlo. Los que no, podrían estar al margen de la regulación legal de las parejas de hecho o podrían optar por ser considerados como tales. En este último caso, también podrían elegir entre decidir ellos mismos qué régimen quieren que rija su relación, haciendo pactos en consecuencia, o, si prefieren tener unos efectos similares a los del matrimonio, podrían no pactar nada y que se les aplique, por defecto, estos efectos.

Con esta previsión, los tribunales sabrían cómo resolver los litigios que surjan en relación con esta institución y no tendrían que decidir qué figura jurídica aplicar en cada caso.

54. La Ley nacional regularía, además de los efectos que despliega la unión de hecho, la validez y existencia de la misma incorporando un Registro nacional de parejas de hecho y considerando válidas las uniones que se encuentren inscritas en este y en cualquiera de los regionales o locales existentes, o las que lo fueran conforme a la normativa de alguna Comunidad Autónoma¹⁰⁶. Otra opción sería que se pudieran inscribir en el Registro Civil, directamente, y tuvieran, así, publicidad frente a terceros¹⁰⁷.

¹⁰² Cuestión distinta es que la inscripción local o autonómica, de la que bebería el registro nacional, si se configure de manera obligatoria para la pareja y, esta sí, sea considerada atentatoria contra el libre desarrollo de la personalidad.

¹⁰³ *Vid.*, en este sentido, STC 93/2013, de 23 abril 2013, ECLI:ES:TC:2013:93, FD 9.

¹⁰⁴ A. ASÍN CABRERA, “Le partenariat en droit espagnol; quel avenir pour une réglementation en droit international privé?”, *Aspects de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe*, Ginebra/Zurich/Basilea, Schulthess, 2004, p. 71; M. A. CEBRIÁN SALVAT, “Los efectos patrimoniales de las parejas no registradas en el Derecho internacional privado español”, *CDT*, vol. 10, n° 1, 2018, p. 143; L. ÁLVAREZ AGOÛÉS, *Las uniones de hecho en la Unión Europea y el desafío del sistema plurilegislativo español*, Aranzadi La Ley, Madrid, 2025, p. 228, entre otras.

¹⁰⁵ M. A. CEBRIÁN SALVAT, “Los efectos patrimoniales de las parejas no registradas en el Derecho internacional privado español”, *CDT*, vol. 10, n° 1, 2018, pp. 130-131.

¹⁰⁶ La Ley de parejas estables de Asturias, por ejemplo, entiende que la unión es estable “cuando los miembros de la pareja hayan convivido maritalmente, como mínimo un período ininterrumpido de un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia, o salvo que hayan expresado su voluntad de constituir una pareja estable en documento público, o se hayan inscrito en el Registro de Uniones de Hecho del Principado de Asturias” (artículo 3.2 de la Ley 4/2002, de 23 de mayo de parejas estables, BOPA núm. 125, de 31 mayo 2002; BOE núm. 157, de 2 julio 2002).

¹⁰⁷ C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Las parejas no casadas”, en M. YZQUIERDO TOLSADA/M. CUENA CASAS (dirs.), *Tratado de Derecho de la familia*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 908-909.

El Registro nacional serviría para que las nuevas parejas pudieran inscribirse en él, y ser consideradas como tal a partir de ese momento –registro constitutivo–, y, también, como Registro central en el que consten todas las parejas de hecho creadas conforme al Derecho español, Registro que facilitaría la consulta y el conocimiento acerca de las uniones de hecho constituidas en España y que permitiría tener control sobre las inscripciones y, así, detectar posibles duplicidades –registro declarativo–. El registro de la unión debería ser voluntario, para no vulnerar el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos (art. 10 CE)¹⁰⁸.

Las parejas de hecho deberían poder inscribirse en el Registro central sin necesidad de tener ninguna vinculación con España, ni domicilio ni residencia habitual ni nacionalidad. Lo usual es que las parejas se inscriban en el registro del lugar de su residencia y lo excepcional es que lo hagan en otro país diferente. Sin embargo, si este último fuera el caso, deberíamos permitirlo, deberíamos permitir que las parejas elijan su lugar de constitución sabiendo que los efectos los desplegarán en el lugar de su residencia habitual y que, en ese Estado, puede ser posible que no sea reconocida la unión extramatrimonial. Muchos países regulan las parejas de hecho, cada vez más, y en los pocos que no las regulan, o en aquellos que no las contemplan para parejas del mismo sexo, por ejemplo, una unión de este tipo, probablemente, no será reconocida y, por tanto, a la pareja no le interesará constituirse en un Estado que no sea el de su residencia habitual.

55. Con todo lo anterior, habría dos formas jurídicas de unión, a nivel nacional, para formar una familia en España, el matrimonio y la pareja de hecho, ambas, abiertas a personas de distinto y del mismo sexo. La unión de hecho debería estar inscrita en el Registro central, creado al efecto, y los derechos y obligaciones de los miembros de ella podrían ser los pactados por las partes. Junto a estas dos categorías habría una tercera a la que pertenecerían las parejas de facto, que no quieran inscribirse en ningún registro o no quieran constituirse y que no quieran, por tanto, ser consideradas parejas de hecho. Estas uniones tendrían un régimen similar a las reguladas, porque serán ellas las que decidan el contenido de su relación, pero es su voluntad que no se las tenga por parejas de hecho. Es verdad que habría alguna diferencia, ya que, si la pareja no está inscrita, no tendría derecho, con carácter general, a la pensión de viudedad y, tampoco, podría acogerse a la libre circulación de ciudadanos, por ejemplo¹⁰⁹.

¹⁰⁸ STC 93/2013, de 23 abril 2013, ECLI:ES:TC:2013:93.

¹⁰⁹ El artículo 221.1 LGSS y el artículo 38.4 del RDL 670/1987, ambos, definen la pareja de hecho con derecho a esta prestación como *la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante.*

“(…) La sentencia del TC 1/2021, de 25 de enero (recurso 1343/2018), interpretando la redacción del art. 173.4 LGSS de 1994 recordó que “es doctrina de este tribunal que la inscripción en el registro administrativo de parejas de hecho o la formalización mediante escritura pública es un requisito constitutivo de dicha situación jurídica (SSTC 40/2014, de 11 de marzo ; 45/2014, de 7 de abril , y 60/2014, de 5 de mayo)” y que tal exigencia “no vulnera el art. 14 CE . Y la exigencia de la constitución formal, ad solemnitatem , de la pareja de hecho con la antelación mínima a la fecha del fallecimiento del causante de la pensión exigida en el párrafo cuarto del art. 174.3 LGSS no carece de una finalidad constitucionalmente legítima, porque busca atender a través de un medio idóneo, necesario y proporcionado, el compromiso de convivencia entre los miembros de una pareja de hecho, permitiendo al legislador identificar una concreta situación de necesidad merecedora de protección a través de la pensión de viudedad del sistema de seguridad social» (STS de 25 abril 2024, ECLI:ES:TS:2024:2416, FD Tercero. Vid. también, en este sentido, STSJ de Asturias, de 3 diciembre 2024, ECLI:ES:TSJAS:2024:3083).

El TSJ de Murcia, no obstante, en sentencia de 28 de junio de 2024, ha flexibilizado el requisito del registro de la unión de hecho (ECLI:ES:TSJMU:2024:1111). El órgano judicial resuelve indicando lo siguiente: *“Estas circunstancias son: en primer lugar, la acreditada duración de la convivencia, de más de dieciocho años y con dos hijos en común; la voluntad inequívoca de formalizar la pareja de hecho, manifestada en la presentación de una solicitud ante el organismo competente, unida a la demora de la Administración en dar respuesta a dicha solicitud, que se presentó el 15 de diciembre de 2022 sin que, a la fecha del fallecimiento (28 de febrero de 2023), se hubiera dictado resolución alguna, frustrando con ello el reconocimiento formal del estado jurídico de pareja de hecho; y, finalmente, las circunstancias del fallecimiento del causante, producido por una causa tan excepcional como el suicidio, que puso fin a la convivencia de forma abrupta por un motivo totalmente ajeno a la voluntad*

VII. Conclusiones

Primera. La realidad normativa de nuestro ordenamiento muestra la ausencia de regulación nacional en materia de parejas de hecho. El legislador nacional no ha elaborado una ley que contemple sustantivamente esta institución. Sin embargo, el ordenamiento español es plurilegislativo en esta materia y seis Comunidades Autónomas, con competencia en esta cuestión, sí disponen de normas de Derecho sustantivo en relación con las parejas de hecho.

Tampoco existe una norma de conflicto de producción nacional que se encargue específicamente de estas uniones extramatrimoniales.

Segunda. La ausencia de regulación nacional de parejas de hecho supone que las disputas que surjan en relación con estas uniones puedan no tener respuesta legal. Este escenario acontecerá cuando la ley española aplicable a la pareja de hecho sea la correspondiente al Derecho común. Es este caso en el que comprobamos que no existe regulación que aplicar para resolver el litigio.

Para conocer si es el Derecho común, o alguno foral, el rector del asunto deberemos seguir los pasos establecidos para ello. Si el caso es interno, la norma nacional de conflicto de leyes del artículo 16 CC será el precepto que aporte esta respuesta remitiendo, a su vez, a las normas de conflicto del Capítulo IV del Título Preliminar del CC. Si el asunto es internacional, la norma de conflicto aplicable, una vez indique que el Derecho regulador es el español, determinará cómo resolver este problema de aplicación de remisión a ordenamientos plurilegislativos. En este caso, la concreción del ordenamiento español rector puede hacerla de forma directa o puede remitir, para ello, a la norma interna de conflicto de leyes, en nuestro caso, de nuevo, al artículo 16 CC.

En relación con parejas de hecho internas, por tanto, siempre se deberá pasar por el artículo 16 CC para determinar el ordenamiento español aplicable al caso. Cuando el asunto es internacional, en cambio, no siempre pero sí muchas veces también se habrá de acudir al Derecho interregional español para resolver este problema.

Tercera. Las normas de conflicto de producción interna son necesarias, no sólo para determinar el ordenamiento español regulador del caso, por la remisión que el artículo 16 CC realiza a ellas, sino, también, en asuntos internacionales, cuando el operador español no puede aplicar ninguna norma de conflicto de origen supranacional al asunto.

Repasando esas normas de conflicto de producción interna españolas vemos que no existe ninguna que regule específicamente las parejas de hecho.

Cuarta. El legislador europeo ha elaborado múltiples normas en Derecho de familia. Existe, por tanto, en el ordenamiento español, textos europeos, Reglamentos, que el órgano jurisdiccional nacional puede aplicar para determinar la ley rectora de los distintos asuntos de Derecho de familia que pueden plantearse. Específicamente, en parejas de hecho contamos con el Reglamento 2016/1104 que regula los efectos patrimoniales de uniones registradas.

Estos Reglamentos europeos, en su mayoría, se aplican a la cuestión de familia concreta, derivada del matrimonio o de la pareja de hecho. Así, por ejemplo, el Reglamento 650/2012, de sucesiones, indica que la *lex successionis* se aplica, entre otros aspectos, a la *determinación de los beneficiarios*,

de la actora, impidiendo el cumplimiento del requisito de la constitución formal de la pareja con dos años de antelación. En base a todo ello, consideramos que los hechos declarados probados y las circunstancias expuestas justifican la aplicación de la norma de forma flexible, siguiendo el criterio humanizador de la jurisprudencia antes expuesta, la interpretación con perspectiva de género y el principio constitucional de protección a la familia, en lugar de una exigencia rigurosa del requisito examinado, que dejaría a la solicitante en situación de desprotección” (FD Cuarto)

La pareja sí tendría el derecho que recoge el artículo 16.1.b) de la Ley de arrendamientos urbanos en relación con la subrogación del conviviente supérstite en el contrato de arrendamiento. Según este precepto, “*En caso de muerte del arrendatario, podrán subrogarse en el contrato: b) La persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia*” (Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos, BOE núm. 282, de 25 noviembre 1994).

de sus partes alicuotas respectivas y de las obligaciones que pueda haberles impuesto el causante, así como la determinación de otros derechos sucesorios, incluidos los derechos sucesorios del cónyuge o la pareja supérstites (art. 23.2.b). Sin embargo, el Reglamento 1259/2010, de crisis matrimoniales, no puede aplicarse a este mismo aspecto de la pareja de hecho. Esta norma regula la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial y no, por tanto, a la disolución de una unión extramatrimonial. Por otro lado, no existe ningún Reglamento, ni otra norma de origen supranacional, que se encargue de regular la existencia y validez de las parejas de hecho.

Tenemos, por tanto, norma de conflicto aplicable a todas las cuestiones que puedan plantearse en relación con una pareja de hecho, salvo, en lo que se refiere a la existencia, validez y disolución de la misma. También, respecto de los efectos patrimoniales derivados de la unión *more uxorio*, aunque tenemos el Reglamento europeo mencionado, esta norma tiene un ámbito de aplicación limitado a las parejas de hecho que se hubieran registrado a partir del 29 de enero de 2019 y a aquellas otras que, habiéndose registrado antes de esa fecha, hayan hecho un acuerdo válido de elección de ley a partir de ese día. En consecuencia, son muchas las parejas de hecho que no se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la norma y a las que no se les podrá aplicar el Reglamento europeo para conocer el Derecho rector de sus relaciones económicas.

Quinta. Necesitamos, por tanto, dos normas de conflicto de producción interna en materia de parejas de hecho. Una, para determinar la ley aplicable a la existencia, validez y disolución de la pareja de hecho. Otra, para concretar el Derecho rector de los efectos patrimoniales de la unión cuando no sea aplicable el Reglamento europeo 2016/1104.

Entendemos que la existencia y validez de una institución son cuestiones que deben quedar reguladas por la misma norma para evitar incongruencias o situaciones sin sentido. En cuanto a la disolución, al ser el reverso de la existencia, también consideramos que debería quedar regulada por la misma norma que esta última.

Sexta. En este sentido, teniendo en cuenta la jurisprudencia del TJUE y, sobre todo, las decisiones del TEDH, proponemos que la norma de conflicto en materia de existencia, validez y disolución de la pareja de hecho indique que la ley aplicable a estas cuestiones sea la del Estado conforme a cuyo Derecho ha sido creada la unión.

El TJUE exige el reconocimiento de las instituciones creadas en el marco del Derecho de un Estado UE, si bien, sólo a determinados efectos en algunas ocasiones y siempre que los sujetos implicados sean nacionales UE. Por su parte, el TEDH exige el reconocimiento y la protección de los distintos modelos de familia, independientemente del Derecho, UE o no, conforme al que hayan sido creados e independientemente, también, de la nacionalidad, UE o no, de los ciudadanos protagonistas. Todo ello, para no menoscabar el artículo 8 CEDH que contempla el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar.

Séptima. En relación con los efectos patrimoniales de las uniones de hecho, creemos oportuno seguir la tendencia del legislador nacional, a la hora de elaborar las normas de conflicto de producción interna, de remisión a los textos de origen supranacional en vigor en nuestro ordenamiento. En este sentido, la norma de conflicto de producción nacional en esta materia sugerimos que tenga el mismo contenido que el Reglamento 2016/1104.

En consecuencia, la norma de conflicto nacional permitirá que los convivientes de hecho puedan elegir ley aplicable a los efectos patrimoniales de su unión. Ley aplicable que podrían escoger entre la de la nacionalidad de cualquiera de ellos, o la de su residencia habitual, en el momento de la elección, y la del país cuya legislación ha sido utilizada para crear la unión.

En defecto de elección, la ley aplicable sería esta última, la del Estado conforme a cuya ley ha sido creada la unión.

Octava. En cuanto a la ley nacional de parejas de hecho, debemos tener en cuenta dos premisas de contexto para elaborar un texto razonable y aceptado por todos. Una de ellas es que las parejas de

hecho no pueden ser tratadas como matrimonio, así lo establece el TS y el TC en diversas sentencias dictadas en la materia. Por otro lado, y muy estrechamente relacionado con lo anterior, la regulación nacional debe respetar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, del artículo 10 CE, que se vería vulnerado si hubiera algún tipo de imposición a los miembros de la unión.

Teniendo en cuenta ambas consideraciones, la ley nacional de parejas de hecho debería permitir que las parejas pudieran acogerse a ella en el caso de que quieran ser consideradas como tales a efectos jurídicos. Para ello, se propone que el Registro nacional, que ya se ha aparecido previsto en el Proyecto de Ley de familias, sea un registro constitutivo para las nuevas uniones, pero de inscripción no obligatoria. Además, en cuanto a los efectos que puede desplegar la pareja de hecho, se recomienda que sean los propios convivientes de hecho los que los determinen a través de acuerdos. Y, en el caso de que no pacten nada, proponemos que el régimen aplicable sea el del matrimonio.

Novena. Es hora de abordar este tema, el legislador debe dejar de procrastinar en un asunto tan importante y necesario como este, del que dependen, cada vez, más familias. En un momento en el que la pareja extramatrimonial está aumentando como forma de unión y en un contexto normativo nacional formado por tantas leyes de parejas de hecho como Comunidades y Ciudades Autónomas tenemos, es imprescindible e inaplazable elaborar una norma nacional en esta materia que aporte seguridad jurídica a los justiciables.

Décima. Precisamente, ese crisol de regulaciones que conviven en el ordenamiento español exige que haya normas de conflicto de producción interna que aclaren cuál de ellas debe ser la aplicable en cada caso. Y, en relación con parejas de hecho internacionales, cada vez más frecuentes por el aumento, cada día más, de relaciones con elemento de extranjería, además, deben existir normas de conflicto que permitan determinar la ley rectora de aspectos en relación con los que, en la actualidad, no tenemos normas que poder aplicar.

Undécima. Pensando en la sociedad, en quien siempre debería pensar en legislador, los ciudadanos lo necesitan y los operadores jurídicos lo agradecerán.

Ukrainian Online Marriages and Their Recognition in neighbouring Poland

I matrimoni online ucraini e il loro riconoscimento nella vicina Polonia

ANNA WYSOCKA-BAR

*Assistant Professor in Private International Law
Jagiellonian University*

SOFIYA KERNYCHNA

*Ph.D. in Private International Law, Lecturer at the Law Faculty
of the Ukrainian Catholic University*

Recibido: 16.01.2026 / Aceptado: 11.02.2026

DOI: 10.20318/cdt.2026.10283

Abstract: The first part of the article analyses the legal regulation of online marriage registration in Ukraine within the context of public service digitalisation and martial law. It examines the development of the Diia-based online marriage registration mechanism and demonstrates that despite procedural digitalisation the legal nature of marriage remains unchanged as it continues to require mandatory State registration. The study highlights the practical advantages of online marriage registration such as increased accessibility, administrative efficiency, transparency, and enhanced security. The second part of the article comments on legal aspects related to the recognition of Ukrainian online marriages in neighbouring Poland. The possibility of transcription of Ukrainian marriage certificate into Polish civil status register is explored in order to find out that public policy clause should not be invoked in this case. Additionally, a theoretical possibility of the recognition through conflict of law rules is explored.

Keywords: online marriage, marriage registration, State registration of civil status, civil status acts, civil registration office, recognition, transcription.

Riassunto: La prima parte dell'articolo analizza la disciplina della registrazione online dei matrimoni in Ucraina nel contesto della digitalizzazione dei servizi pubblici e della legge marziale. Esamina lo sviluppo del meccanismo di registrazione *online* dei matrimoni basato su Diia e dimostra che, nonostante la digitalizzazione procedurale, la natura giuridica del matrimonio rimane invariata in quanto continua a richiedere la registrazione obbligatoria da parte dello Stato. Lo studio evidenzia i vantaggi pratici della registrazione *online* dei matrimoni, quali una maggiore accessibilità, efficienza amministrativa, trasparenza e maggiore sicurezza. La seconda parte dell'articolo commenta gli aspetti giuridici relativi al riconoscimento dei matrimoni *online* ucraini nella vicina Polonia. Viene esaminata la possibilità di trascrizione del certificato di matrimonio ucraino nel registro dello stato civile polacco, al fine di stabilire che in questo caso non dovrebbe essere invocata la clausola di ordine pubblico. Inoltre, viene esaminata la possibilità teorica del riconoscimento attraverso le norme di conflitto di leggi.

Parole chiave: matrimonio *online*, registrazione del matrimonio, registrazione dello stato civile, atti di stato civile, ufficio di stato civile, riconoscimento, trascrizione.

*This article builds upon an online post: Anna Wysocka-Bar, Sofiya Kernychna, *Ukrainian Online Marriages and their Recognition in Poland*, EAPIL Blog of 3 June 2025 available at: <https://eapil.org/2025/06/03/ukrainian-online-marriages-and-their-recognition-in-poland/> (accessed 15 December 2025).

Sumario: I. Introduction. II. State registration of Marriage in Ukraine. III. Digitalisation of Civil Status Registration in Ukraine (including Marriage). IV. Legal Regulation of Online Marriage Registration under Ukrainian Law. V. Use of Ukrainian marriage certificates in Poland. VI. Transcription of foreign marriage certificates in Poland. VII. “Online Marriage” and (Polish) Public Policy. VIII. Polish Private International Law Rules on Form of Marriage. IX. Obstacles which Ukrainians face when marrying in Poland. X. Conclusions.

I. Introduction

1. During the COVID-19 pandemic, the phenomenon known as the so called “Utah Zoom Wedding” saw light¹. In recent years, a similar development has emerged in Ukraine which may be referred to as the “Ukrainian Online Marriage”. This term refers to the procedure for the online State registration of marriage conducted in accordance with Ukrainian family law through the Diia application allowing registration irrespective of the physical location of the future spouses, including situations in which one or both parties are located outside of Ukraine.

Due to obvious reasons, almost one million of Ukrainian citizens reside in the neighbouring Poland under the temporary protection status. Ukrainian citizens, mainly women and children, account for 78% of all foreigners settling in Poland. Every second Ukrainian citizen registered on the basis of temporary protection is a child, while women account for approximately 77% of such Ukrainian adults.² Because of the above, Polish authorities are faced with Ukrainian marriage certificates on daily basis, lately also these produced as a result of an online marriage.

The aim of this article is to present the development of digitalisation which led to online marriage in Ukraine and legal aspects of the recognition of such marriages in the neighbouring Poland.

II. State registration of Marriage in Ukraine

2. The conclusion of marriage in Ukraine is regulated by the Family Code of Ukraine³ of 10 January 2002. Pursuant to Article 21(1) of the Family Code of Ukraine, which defines marriage, “marriage is a family union of a woman and a man duly registered with a state civil registration office”.

3. This legal concept under Ukrainian law implies that State registration with a civil registration authority constitutes an essential element of marriage. This requirement is constitutional in nature⁴, as it presupposes the mandatory registration of the marital union by the state and its formalisation in a prescribed legal form, which is exclusively civil (secular). State registration is established to ensure the stability of relations between a woman and a man, to protect the rights and interests of spouses and their children, and to safeguard the interests of the State and the society (Article 27(1) of the Family Code of Ukraine). From the moment of State registration of marriage, the mutual rights and obligations of a woman and a man as spouses arise.

4. The procedure for the State registration of marriage is regulated by Chapter 4 of Section II of the Family Code of Ukraine, Article 14 of the Law of Ukraine “On State Registration of Civil Status Acts” of 1

¹ B. ELBALTI, “*The Validity of the Utah Zoom Wedding in Lebanon, or the Question of Locus Celebrationis in the Digital Age*”, available at: <https://conflictoflaws.net/2025/the-validity-of-the-utah-zoom-wedding-in-lebanon-or-the-question-of-locus-celebrationis-in-the-digital-age/>, Conflict of Laws Blog of 21 June 2025 (accessed 15 December 2025).

² See official data at the governmental website of the Office for Foreigners at <https://www.gov.pl/web/udsc/obywatele-ukrainy-w-polsce--aktualne-dane-migracyjne2> (accessed 1 December 2025).

³ Сімейний кодекс України: Закон України від 10 січня 2002 р. [Family Code of Ukraine: Act of 10 January 2002], Відомості Верховної Ради України. 2002. № 21. Ст. 135, available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14#Text> (accessed 15 December 2025).

⁴ В. І. Борисова, І. В. Жилінкова (ред.), Сімейне право України [Family Law of Ukraine], Київ, 2006, р. 53; М. М. Дяконович, Сімейне право [Family Law], Київ, 2009, р. 61-62.

July 2010⁵, and Chapter 2 of Section III of the “Rules for State Registration of Civil Status Acts in Ukraine”, approved by Order of the Ministry of Justice of Ukraine No. 52/5 of 18 October 2000⁶. These legislative acts establish the legal and organisational framework for the State registration of civil status acts and govern legal relations concerning their registration, amendments to civil status records, their restoration, and annulment, as well as defining the principles governing the activities of civil status registration authorities.

5. The introduction of online marriage registration represents a significant innovation within the system of Ukrainian civil legislation, particularly in the area governing the registration of civil status acts.

III. Digitalisation of Civil Status Registration in Ukraine (including Marriage)

6. The introduction of electronic registration of civil status acts in Ukraine formed part of the State policy aimed at the digitalisation of public services.

7. On 27 September 2019, the Minister of Digital Transformation of Ukraine introduced Diia, the “state in a smartphone” initiative. Diia – an acronym derived from the Ukrainian phrase meaning “State and I” functions as a State mobile application, web portal, and overarching digital State platform developed by the Ministry of Digital Transformation of Ukraine under the initiative of President Volodymyr Zelenskyy. On 4 December 2019, the Cabinet of Ministers of Ukraine adopted the resolution “Issues of the Unified State Web Portal of Electronic Services” (hereinafter referred to as the ‘Diia Portal’) and the “Unified State Portal of Administrative Services”, regulating the operation of the Diia Portal establishing it as the unified State platform for electronic and administrative services. On 16 December 2019, a beta version of the Diia mobile application (hereinafter referred to as the Diia) was launched, providing access to a digital driver’s licence and vehicle registration certificate via smartphone with authentication via BankID through Privat24 or Monobank and law enforcement verification through QR code. During six weeks of beta testing, the Ministry of Digital Transformation of Ukraine received applications from 58,000 drivers, of whom 32,500 participated in the public beta test. On 6 February 2020, the official presentation of the Diia application took place with the participation of the senior State leadership. By 2024, the number of Diia users exceeded 21 million Ukrainian citizens.

8. Following the launch of the Diia Portal in 2019, procedures for the State registration of civil status acts were gradually transferred to electronic form. The first comprehensive service in this domain was the “eBaby” service (2020), which enabled online registration of childbirth. In 2021, the portal introduced the possibility of submitting applications for State marriage registration using a qualified electronic signature. Between 2022-2024, the digital services were further expanded to include the provision of electronic extracts and electronic access to data from the State Register of Civil Status Acts.

9. The events of 24 February 2022, when the armed forces of the Russian federation launched a full-scale invasion of Ukraine and martial law was declared, had a profound impact on family relations in Ukraine, particularly on the procedures for the conclusion and the registration of marriages. As a result of the full-scale invasion, a considerable number of men and women joined the Armed Forces of Ukraine and became directly involved in military operations.

⁵ Закон України від 1 липня 2010 р. № 2398-VI «Про державну реєстрацію актів цивільного стану» [Act of 1 July 2010 No. 2398-VI “On State Registration of Civil Status Acts”], Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2010, № 38, Ст. 509, available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2398-17#Text> (accessed 15 December 2025).

⁶ Наказ Міністерства Юстиції України «Про затвердження Правил державної реєстрації актів цивільного стану в Україні» від 18 жовтня 2000 р. № 52/5 [Order of the Ministry of Justice of Ukraine “On approval of the Rules for State Registration of Civil Status Acts in Ukraine” of 18 October 2000 No. 52/5], available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0719-00#Text> (accessed 15 December 2025).

10. On 7 March 2022, the Government of Ukraine adopted Resolution No. 213 “Some Issues of State Registration of Marriage under Martial Law”⁷, which established a special procedure for the conclusion of marriage by military personnel and certain other categories of individuals during martial law. Specifically, when one of the fiancés was a member of the Armed Forces of Ukraine, the Security Service of Ukraine, the Foreign Intelligence Service, the State Border Guard Service, the State Protection Department, the National Guard, other military formations established in accordance with Ukrainian law (hereinafter referred to as “military personnel”), a police officer, a person holding a rank in the civil protection service, the State Bureau of Investigation, the State Criminal Executive Service, the National Anti-Corruption Bureau, the Bureau of Economic Security, or an employee of a healthcare institution, State registration of marriage could be conducted by civil status registration authorities without the personal presence of such fiancé. In such cases, the application for marriage, which simultaneously confirmed consent to enter into marriage, was submitted to the direct commander (or supervisor), who certified the authenticity of the signature and ensured its transmission to the civil registry office where the other fiancé had applied in person.

11. The distinctive features of the procedure introduced by Resolution No. 213 were as follows: (1) the application for marriage registration could be submitted through the commander, who certified the servicemember’s signature and forwarded the application to the relevant civil registry office; and (2) the marriage could be registered outside the premises of the civil registry office, in which case the marriage certificate was issued by the servicemember’s commander.

12. On 30 October 2024, Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine No. 213 of 7 March 2022 ceased to be in force pursuant to Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine No. 1226 of 25 October 2024, due to the introduction of online marriage registration.

IV. Legal Regulation of Online Marriage Registration under Ukrainian Law

13. The legal basis for submitting applications for marriage registration in electronic form was initially established by Order of the Ministry of Justice of Ukraine No. 1187/5 of 9 July 2015⁸, which introduced a pilot procedure for processing applications via the Internet. This framework enabled the submission of documents online and the receipt of services through the so-called “Digital Offices of the State Civil Registry Office”. However, this regulation addressed the digitalisation of administrative processes rather than the online conclusion of marriage itself.

14. In the context of martial law and as part of the broader digitalisation agenda in Ukraine, a further innovation emerged, enabling prospective spouses to apply for marriage online through the State portal Diia. Since 27 February 2023, applicants have been able to submit marriage registration applications via this portal.

15. Initially, the online procedure allowed couples only to submit an application for marriage registration via the Diia portal. The application process took approximately ten minutes, replacing the traditional requirements to visit the civil registry office, submit paper documents, interact with a registrar, and complete related administrative formalities. However, the marriage itself could not yet be

⁷ Постанова Кабінету Міністрів України від 7 березня 2022 р. № 213 «Деякі питання державної реєстрації шлюбу в умовах воєнного стану» [Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine of 7 March 2022 No. 213 “Some Issues of State Registration of Marriage under Martial Law”], available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/213-2022-%D0%BF#Text> (accessed 15 December 2025).

⁸ Наказ Міністерства юстиції України від 9 липня 2015 р. № 1187/5 «Про Порядок розгляду відділами державної реєстрації актів цивільного стану – учасниками пілотного проекту заяв у сфері державної реєстрації актів цивільного стану, поданих через мережу Інтернет» [Order of the Ministry of Justice of Ukraine of 9 July 2015 No. 1187/5 “On the Procedure for Processing Applications for State Registration of Civil Status Acts Submitted the Internet by Civil Registration Offices - Participants of the Pilot Project”], available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0813-15/sp:dark#Text> (accessed 15 December 2025).

concluded online: State registration and issuance of the marriage certificate still took place exclusively at the civil registry office.

16. On 29 March 2024, the Government of Ukraine adopted Resolution No. 345, approving the “Procedure for the Implementation of the Experimental Project for the State Registration of Marriage in Electronic Form”⁹. This act allowed Ukrainian citizens to register marriages online using the Diia mobile application. On 22 June 2024, Ukraine launched the world’s first fully operational online marriage registration service via the Diia application, making a new stage in the development of civil status registration. This initiative aimed to advance the digitalisation of public services and to simplify administrative procedures for couples seeking to officially register their marriages.

17. To ensure the functioning of this service, the Central Interregional Department of the Ministry of Justice of Ukraine (Kyiv) established the Digital Office of State Registration of Civil Status Acts¹⁰ (Digital Office of the Civil Registry Office), which processes marriage applications submitted through the Diia portal. This solution is particularly valuable for couples who, due to objective circumstances, cannot be physically present together, as well as for those seeking minimal direct interaction with public authorities.

18. On 22 June 2024, three couples registered their marriage online in Ukraine. This initiative set a new benchmark in the digitalisation of public services establishing a model for other States considering the implementation of online civil status registration. The service is being developed by the Ministry of Justice of Ukraine in cooperation with the Ministry of Digital Transformation of Ukraine, the State Enterprise National Information Systems, the Digital Office of the Civil Registry Office, the State Migration Service of Ukraine, and Ukrposhta (Ukrainian Post Office), with the support of the Swiss-Ukrainian EGAP Programme implemented by the Eastern Europe Foundation and with technical assistance from Cisco, which provided Cisco Webex videoconferencing solutions pursuant to a memorandum signed with the Ministry of Digital Transformation of Ukraine.

19. In September 2024, the Marriage Online via Diia was significantly enhanced. The entire process of marriage registration – from the submission of the application to the conclusion of the marriage – can now be completed entirely within the application¹¹. The application process takes approximately ten minutes, the service is provided within one business day, and the cost ranges from UAH 0.85 to UAH 1663.85 (less than EUR 1 to EUR 33), depending on the selected services and the chosen date of marriage registration¹².

20. Pursuant to the above-mentioned procedure, the Diia portal now allows applicants to submit marriage registration application online with the option to select the place, time, format, and ceremonial hall online.

21. According to the “Procedure for the Implementation of the Experimental Project for the State Registration of Marriage in Electronic Form”¹³ (hereinafter referred to as the Procedure), the State

⁹ Постанова Кабінету Міністрів України від 29 березня 2024 р. № 345 «Про реалізацію експериментального проекту щодо проведення державної реєстрації шлюбу в електронній формі» [Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine of 29 March 2024 No. 345 “On the Implementation of the Experimental Project for the State Registration of Marriage in Electronic Form”], available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/345-2024-%D0%BF#Text> (accessed 15 December 2025).

¹⁰ Цифровий офіс ДПАІС [Digital Office of State Registration of Civil Status Acts], available at: <https://centraljust.gov.ua/news/info/tsifroviy-ofis-dratss> (accessed 15 December 2025).

¹¹ Перший у світі онлайн-шлюб через Дію: українці відтепер можуть одружитися по відеозв’язку [World’s first Marriage Online via Diia: Ukrainians can now get married via videoconference], available at: <https://diia.gov.ua/news/pershiy-u-sviti-onlajn-shlyub-cherez-diyu-ukrayinci-vidteper-mozhut-odruzhitisya-po-videozvyazku> (accessed 15 December 2025).

¹² Подання заяви про реєстрацію шлюбу у відділі державної реєстрації актів цивільного стану (ДРАЦС) онлайн [Submission of an application for registration of marriage at the State Registration of Civil Status Acts Office online], available at: <https://diia.gov.ua/services/zayava-na-shlyub> (accessed 15 December 2025).

¹³ Постанова Кабінету Міністрів України від 29 березня 2024 р. № 345 «Про реалізацію експериментального проекту

registration of marriage in electronic form – implemented as the “Marriage Online“ service – includes the State registration of marriage, the organisation and conduct of an individual marriage ceremony in electronic form, as well as the delivery and the issuance of the marriage certificate¹⁴. The service is offered via the Diia Portal, including through its mobile application Diia.

22. Pursuant to paragraph 3 of the Procedure, in order to register a marriage in electronic form, applicants must install Diia on a compatible electronic device, select the relevant service, and undergo electronic identification and authentication using an integrated electronic identification system, a qualified electronic signature, an advanced electronic signature based on a qualified electronic signature certificate, and/or other legally permitted means of electronic identification. Applicants must then create an application for state registration of marriage in electronic form (hereinafter referred to as the application) through Diia in a format that allows its content to be properly perceived. The application must contain all information required by legislation governing the state registration of civil status acts.

23. At the request of an applicant, and prior to the submission of the application, one of the prospective spouses may send a proposal for the State registration of marriage in electronic form (hereinafter referred to as the proposal) to the other applicant via Diia. In accordance with paragraph 4 of the Procedure, the proposal is generated through Diia in a format suitable for perceiving its content and includes an offer to conclude a marriage in electronic form, as well as information concerning the applicant’s surname, given name, and patronymic (if any). The Procedure stipulates a period of 14 calendar days from the date of receipt of the proposal for its acceptance by the other applicant. Upon confirmation of the proposal by the second applicant via Diia, the applicants are invited to submit the application. In the event of non-confirmation or refusal of the proposal, the applicant who initiated it receives a notification via Diia.

24. Paragraph 5 of the Procedure stipulates that information for the application is entered by the applicants sequentially through Diia, including by obtaining or confirming data necessary for its formation. Such information must be entered no later than 48 hours after selecting the date and time of the State registration of marriage in electronic form.

25. Pursuant to paragraph 6 of the Procedure, the date and time of the State registration of marriage in electronic form are proposed through Diia and selected by the applicant who initiates the application. These details are deemed confirmed upon the entry of personal information by the second applicant. The date of marriage registration may not be scheduled earlier than five calendar days from the date in which it is selected.

26. In accordance with paragraph 9 of the Procedure, once the application is signed by the applicants using remote qualified electronic signatures (“Diia.Signature” / “Diia ID”), it is locked for editing and submitted, together with electronic copies of the applicants’ passports, for verification by an employee of the civil status registration authority. On the basis of the verification of the information specified in the application and the data contained in the State Register of Civil Status Acts of Citizens regarding the marital status of the applicants, an employee of the civil status registration authority, on the next working day after receipt of the application but no later than 12 hours prior to the date and time of the State registration of marriage in electronic form selected by the applicants, either confirms the

щодо проведення державної реєстрації шлюбу в електронній формі» [Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine of 29 March 2024 No. 345 “On the Implementation of the Experimental Project for the State Registration of Marriage in Electronic Form”], available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/345-2024-%D0%BF#Text> (accessed 15 December 2025).

¹⁴ Постанова Кабінету Міністрів України від 29 березня 2024 р. № 345 «Про реалізацію експериментального проекту щодо проведення державної реєстрації шлюбу в електронній формі» [Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine of 29 March 2024 No. 345 “On the Implementation of the Experimental Project for the State Registration of Marriage in Electronic Form”], available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/345-2024-%D0%BF#Text> (accessed 15 December 2025).

date and time of the State registration of marriage in electronic form or refuses such registration on the grounds provided by law (paragraph 10 of the Procedure).

27. According to Article 21(1) of the Law of Ukraine “On State Registration of Civil Status Acts”, State registration of a civil status act may be refused where such registration contradicts the requirements of Ukrainian legislation; where registration must be carried out by another competent civil status registration authority; or where the application is submitted by a person lacking legal capacity or the necessary authority. These grounds apply equally to marriages registered through traditional procedures and to those concluded under the “Marriage Online” service via Diia.

28. In the context of online marriage registration, substantive (material) grounds for refusal are assessed by the civil status registration authority on the basis of information provided in the electronic application and data obtained from the State Register of Civil Status Acts and other State registers. Such grounds include, inter alia:

- (a) a fictitious marriage, where there are reasonable grounds to believe that the marriage is not intended to create a family but to achieve other purposes, such as obtaining citizenship or residential property (Article 40 of the Family Code of Ukraine);
- (b) underage marriage, where one or both prospective spouses are under 18 years of age, except in cases where a court has authorised a reduction of the marriageable age (Article 22 of the Family Code of Ukraine);
- (c) the existence of another registered marriage of one of the applicants (Article 25 of the Family Code of Ukraine);
- (d) marriage between close relatives, including full siblings, grandparents and grandchildren, or parents and children (Article 26 of the Family Code of Ukraine);
- (e) concealment of circumstances of essential significance for the other spouse, such as a serious illness, the existence of children, or a criminal record, where such concealment results in the refusal of marriage by the other person (Article 41 of the Family Code of Ukraine);
- (f) lack of free consent or duress, where one of the applicants does not freely express consent to the marriage (Article 24 of the Family Code of Ukraine).

29. Procedural grounds for refusal are of relevance in the context of online marriage registration. These include the absence or improper execution of electronic documents, submission of an incomplete or inconsistent set of data, discrepancies between the information provided in the electronic application and data contained in State registers, failure to complete electronic identification or authentication, invalid or improperly applied qualified electronic signatures, failure to meet statutory time limits for submission or confirmation of the application, and non-compliance with the procedural stages prescribed by the Procedure. Such procedural safeguards ensure the legal validity of online marriage registration and preserve the integrity of State control over civil status acts.

30. Applicants may cancel the State registration of marriage in electronic form at any time prior to its completion via Diia (paragraph 13 of the Procedure).

31. Paragraph 14 of the Procedure provides that the State registration of marriage in electronic form, together with the individual marriage ceremony, is conducted through the Diia Portal by means of a real-time videoconference involving the applicants and an employee of the civil registry office. Other persons may observe the ceremony provided they have been given connection details by the applicants. The videoconference is conducted using Diia Portal tools and is subject to electronic identification and authentication of the applicants through remote qualified electronic signatures (“Diia Signature” / “Diia ID”).

32. Prior to the videoconference, the applicants' passport data are verified through the Diia Portal to ensure consistency with the information provided in the application. In the event of discrepancies, the state registration of marriage is cancelled by the civil registry employee.

33. Pursuant to paragraph 16 of the Procedure, during the videoconference the civil registry employee conducts the State registration of marriage in electronic form without requiring the applicants to confirm identity or age verification documents, or documents confirming the termination of a previous marriage, where applicable. Using data from the State Register of Civil Status Acts, the employee prepares an electronic marriage record.

34. During the videoconference, the free consent of the applicants is verified, and the applicants confirm their consent by signing the electronic marriage record using remote qualified electronic signatures ("Diia.Signature" / "Diia ID"). The electronic marriage record is subsequently signed by the civil registry employee using a qualified electronic signature.

35. Finally, paragraph 17 of the Procedure provides that, on the basis of the information entered into the State Register of Civil Status Acts, each spouse receives an electronic display of the marriage record via Diia within 24 hours following the videoconference. Pursuant to paragraph 18 of the Procedure, the civil registry office ensures the delivery and handing over of the marriage certificate to each spouse via Ukrposhta (Ukrainian Post Office).

36. In 2024, more than 22,000 Ukrainian couples used this service, and following its full implementation, the entire marriage registration process became fully digitised. In the first eleven months of 2025, 24,261 couples registered their marriage online.

37. The legal framework applies exclusively to the conclusion of marriage by citizens of Ukraine and does not establish territorial restrictions, which means that each of future spouses may be present in any State in the world while contracting marriage. The Digital Office of the Civil Registry Office of the Central Interregional Department of the Ministry of Justice (Kyiv) is listed on the marriage certificate as the authority responsible for conducting the online registration.

38. At the same time, digitalisation has not changed the legal nature of civil status acts. They remain subject to mandatory State registration, which reinforces their constitutional and legal significance.

V. Use of Ukrainian marriage certificates in Poland

39. In case a Ukrainian citizen resides in Poland, this person might need, for many different reasons (for instance, social security), to have their marriage certificate produce legal effects, and therefore their marriage recognized, in Poland.

40. Article 1138 first sentence of the Polish Code of Civil Procedure¹⁵ provides that foreign official documents have the same evidentiary value as Polish official documents. In accordance with settled case law¹⁶ and legal literature¹⁷, the above provision applies to foreign civil status certificates, including foreign marriage certificates, and provides that they do have equal value in Poland to "local" civil status certificates drawn up by Heads of Civil Status Registration Office (*Kierownik Urzędu Stanu Cywilnego*)

¹⁵ Ustawa z 17 listopada 1964 r Kodeks postępowania cywilnego [Act of 17 November 1964 – Code of Civil Procedure], Dz.U. 2024, poz. 1568 available at: <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=wdu19640430296> (accessed 15 December 2025).

¹⁶ See for instance Uchwała Sądu Najwyższego z 20 listopada 2012 r., sygnatura: III CZP 58/12 [Resolution of the Supreme Court of 20 November 2012, signature: III CZP 58/12].

¹⁷ M. WOJEWODA, "Kolizyjnoprawne aspekty rejestracji stanu cywilnego" in M. PAZDAN (ed.), *System Prawa Prywatnego. Tom 20c. Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa, CH Beck, 2015, p. 604.

in Poland. These foreign official documents are exempted from the requirement of legalisation (Article 1138 second sentence Code of Civil Procedure *a contrario*). In order to make use of a foreign official document, such document must be supplemented with translation into Polish language.

41. Additionally, Poland and Ukraine are bound by a bilateral agreement, which regulates judicial cooperation in civil matters.¹⁸ Article 15(1) Poland-Ukraine Bilateral Agreement provides that documents, with an official seal and the signature of an authorised person, drawn up by a competent authority of one State are valid in the territory of the other State without the need for legalisation. Documents which are treated as official documents in one State are considered as such in the territory of the other (Article 15(2) Poland-Ukraine Bilateral Agreement).

42. Given the above, theoretically Ukrainian citizens who reside in Poland can use their Ukrainian marriage certificates to prove their status as a married person also in Poland. However, as noted in the Opinion of Advocate General de la Tour to the recent *Cupriak-Trojan* case decided by the Court of Justice of the European Union¹⁹ (concerning the transcription of a German marriage certificate in the context of same-sex marriage) the commented rules on the use of foreign civil status certificates in Poland “are not, in practice, applied by competent authorities”.²⁰ Competent authorities, for different reasons (for example, doubts as to authenticity of a given document) require a presentation of a Polish civil status certificate.

VI. Transcription of foreign marriage certificates in Poland

43. For the above explained reasons, one may say (as AG de la Tour did in his Opinion in *Cupriak-Trojan* case²¹) that – in practice - the recognition of foreign marriages in Poland is done through the procedure of transcription of a foreign marriage certificate into Polish civil status registration system.

44. In accordance with Article 104(1) Law on Civil Status Records²², a foreign civil status document, constituting proof of an event and of its registration, may be entered in the civil register by way of transcription. Transcription consists in a faithful and literal transfer of the content of the foreign civil status document, both in linguistic and in formal terms, without any change in the spelling of the first names and surnames of the persons designated on the foreign civil status document (Article 104(2)). Transcription is “a material and technical action” (Article 105(1)). The information that the civil status document was created by means of transcription is included in an entry made in the civil status record (Article 105(1) *in fine*).

45. As underlined in Polish case law (and repeated also by the CJEU in *Cupriak-Trojan*²³), transcription generates a new Polish civil status record which becomes “detached” from the original (foreign) record. The legal effect of the transcription of a foreign marriage certificate is the creation of a new Polish marriage certificate, which has the same probative value as a marriage certificate initially drawn up in Poland²⁴.

¹⁸ Umowa między Rzeczpospolitą Polską a Ukrainą o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych i karnych sporządzona w Kijowie dnia 24 maja 1993 r. [Agreement between the Republic of Poland and Ukraine on Legal Assistance and Legal Relations in Civil and Criminal Matters, drawn up in Kiev on May 24, 1993], Dz. U. z 1994 r., nr 96, poz. 465. Available in Polish at: <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU19940960465> (accessed 15 December 2025).

¹⁹ CJEU 25 November 2025, *Cupriak-Trojan*, C-713/23.

²⁰ AG de la Tour Opinion 3 April 2025, *Cupriak-Trojan*, C-713/23, para. 44.

²¹ AG de la Tour Opinion *Cupriak-Trojan*, cit., paras. 44, 60.

²² Ustawa z dnia 28 listopada 2014 r. Prawo o aktach stanu cywilnego [Act of 28 November 2014 on Civil Status Records], Dz. U. 2025, poz. 594. Available at <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU20140001741/U/D20141741Lj.pdf> (accessed 15 December 2025).

²³ CJEU *Cupriak-Trojan*, cit., para. 28.

²⁴ For example: uchwała Sądu Najwyższego z 20 listopada 2012, sygnatura: III CZP 58/12 [Resolution of the Supreme Court of 20 November 2012, signature: III CZP 58/12].

46. Pursuant to Article 107 Law on Civil Status Records, there are some grounds based on which the competent authority – the Head of the Civil Registry Office – refuses transcription. One of the reasons, pursuant to Article 107(3), is when transcription would be contrary to the fundamental principles of the legal order of the Republic of Poland (public policy clause).

47. As marriage certificates of Ukrainian citizens are transcribed into Polish civil status records on daily basis, the question arises whether a marriage certificate drawn up as a result of online marriage through the Diia application by future spouses, who may be present at the moment of the conclusion of marriage outside of Ukraine, can be treated the same way as ‘traditional’ Ukrainian marriage certificate.

48. Being aware of the innovations in Ukraine, the Polish Ministry of Internal Affairs – a Ministry responsible for civil status registration in Poland - issued an official letter of 15 May 2025 (number: DSO-WSC.6001.43.2024) addressed to Heads of Civil Status Registration Offices concerning the potential transcription of Ukrainian marriage certificates relating to online marriages by Ukrainian citizens.

49. In the letter, the Ministry of Internal Affairs informs that if a foreign law provides for the possibility to celebrate a marriage remotely (online) and an appropriate certificate was drawn up by a competent, foreign authority, in accordance with the local law, then transcription might be possible in accordance with the provisions of the Law on Civil Status Records.

50. In its letter, the Ministry of Internal Affairs contemplates two scenarios: (1) when the foreign marriage certificate does not indicate that the marriage was celebrated at a distance; and (2) when the foreign marriage certificate does reveal that the marriage was concluded “electronically”. In the first scenario, in view of the Ministry of Internal Affairs, this aspect (celebration at a distance) should not be further examined, and therefore, transcription should be carried out provided that all the remaining requirements are met. In the second scenario, in view of the Ministry of Internal Affairs, the discretion of *Kierownik Urzędu Stanu Cywilnego* is limited to the examination allowed by the Law on Civil Status Records. Potential refusal of transcription may take place only based on the grounds exclusively enumerated in Article 107, which include, in addition to the formal requirements relating to the foreign document itself, a public policy clause.

51. Here it should be mentioned that the marriage certificate documenting an “online marriage” is drawn up on the same form as the “traditional” one. The only aspect, which would allow the Head of Civil Status Registration Office in Poland to know that the Ukrainian marriage was contracted at distance (and not in presence of the future spouses in the Ukrainian civil status registration office) is the information indicating “the place of registration” and “the civil status registration office which drawn up the certificate”. In case of a “traditional” certificate these boxes indicate the name of one of local civil status registration offices in Ukraine, whereas in case of a certificate following “online marriage” the same boxes indicate: “*Digital Office of the Civil Registry Office of the Central Interregional Department of the Ministry of Justice (Kyiv)*”. Hence, it seems that the marriage certificate does reveal the information that the marriage is contracted at a distance.

VII. “Online Marriage” and (Polish) Public Policy

52. To assess whether the transcription of a certificate documenting marriage contracted online might be perceived as contrary to public policy in Poland and therefore might result in refusal of transcription in Poland, the Ministry of Internal Affairs consulted the Ministry of Justice, the Department of International Cooperation and Human Rights. In its opinion (annexed to the mentioned above letter of the Ministry of Internal Affairs) the Ministry of Justice reminded that the use of public policy clause against transcription of foreign marriage certificates was lately subject to voluminous case law of ad-

ministrative courts, which together with Heads of Civil Status Registration Offices, were faced with marriage certificates of same-sex couples.

53. Then, the Ministry of Justice asks itself a question whether contracting marriage by the future spouses using modern distance communication technologies constitutes a violation of any fundamental principle of the Polish legal order or whether it should rather be considered “another manifestation of the rapid e-development of social relations, falling within the standards of the rule of law”.

54. The Ministry of Justice rightly indicates that family law in Poland foresees that sometimes a declaration of a future spouse can be made by a representative, and therefore, without the simultaneous physical presence of both future spouses in the same place. Indeed, pursuant to Article 6 § 1 Polish Family and Guardianship Code²⁵ provides that – for “important reasons” - the court may allow the declaration of marriage to be made by a representative.

55. In its resolution²⁶, the Polish Supreme Court (*Sąd Najwyższy*) explained that “important reasons” encompass “only those circumstances which - in the light of the principles of social coexistence - justify a waiver of the obligation for the future spouses to appear simultaneously before the civil status registrar” and that “no predetermined situation of a person applying for the permission (...), in particular the fact that they reside abroad and the associated difficulties in coming to Poland, can in itself be considered an important reason”. Lately, in Polish legal literature it was suggested that COVID pandemic and resulting close of borders to air traffic with no possibility of arriving to Poland on the agreed date could constitute “important reasons” within the meaning of Article 6, if the date of the marriage could not be postponed, for instance due to the health problems of one of the future spouses²⁷. Hence, as the opinion notes rightly, the legal system recognizes that various practical difficulties may prevent future spouses from physically appearing at the same time in the same place.

56. Then, the opinion reminded that the introduction of online marriage is “undoubtedly a sign of the times”. Also, the state of Polish law fully confirms such conclusion. The COVID pandemic has contributed to the rapid development of the digital society in Poland. Trends in national and international law indicate a move towards e-justice (for example, online court hearings, while the adjudicating panel, participants and witnesses are physically located in different places become reality). Even though in Poland there are no online marriages, the Ministry of Justice does not see any arguments supporting the refusal of transcription of contemplated Ukrainian marriage certificates based on public policy clause.

57. Even though, as the Ministry of Justice emphasized, the opinion is not binding on Heads of Civil Status Registration Offices or administrative courts, it provides a number of sensible arguments in favour of transcription of certificates documenting “online” marriages.

VIII. Polish Private International Law Rules on Form of Marriage

58. As underlined in legal literature, during the process of “transcription” the Head of Civil Status Registration Office does not apply conflict of law rules²⁸. Only (Polish) procedural rules provided for in the Law on Civil Status Records are applied. Hence, for the purpose of “transcription” it is irrele-

²⁵ Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. - Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Dz.U. z 2023, poz. 2809 z available at: <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=wdu19640090059> (accessed 15 December 2025).

²⁶ Uchwała Sądu Najwyższego z 8 czerwca 1970 r., sygnatura: III CZP 27/70 [Resolution of the Supreme Court of Poland of 8 June 1970, III CZP 27/70].

²⁷ M. OLCZYK, “Artykuł 6. Zawarcie małżeństwa przez pełnomocnika” in M. FRAS/M. HABDAS (eds.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa, Wolters Kluwer, 2025, p. 57.

²⁸ M. WOJEWODA, *op. cit.*, p. 596.

vant which law would be applicable to the form of marriage celebration if the same marriage was to be verified through the lens of Polish private international law rules.

59. Even though Polish conflict of law rules are irrelevant, it is interesting to see what the outcome of their application would be if the concept of recognition by private international law rules²⁹ would be admissible. As mentioned, Poland and Ukraine are bound by a bilateral agreement which contains conflict of law rules for family matters. Pursuant to Article 24(1) Poland-Ukraine Bilateral Agreement, the form of conclusion of marriage is governed by “the law of the Contracting Party in whose territory the marriage is contracted”.

60. ‘Form’ within the meaning of Article 24(1) Poland-Ukraine Bilateral Agreement covers, among others, the question of the presence of future spouses and their witnesses in a given place and in a given time³⁰. Hence, the question of whether the marriage can be concluded online is governed by the law of the State “in whose territory the marriage is contracted”.

61. When it comes to domestic conflict of law rules, in accordance with Article 49(1) 2011 Private International Law Act, the form of marriage is governed by the law of the country in which it is contracted. However, pursuant to Article 49(2) 2011 Private International Law Act, if the marriage is contracted outside of Poland, it is sufficient to comply with the form required by the national law of both spouses or by law of the place of their common domicile or common habitual residence at the time of the marriage.

62. As both Poland-Ukraine Bilateral Agreement and 2011 Private International Law Act, use the connecting factor of the place where the marriage is contracted, the question arises - where is online marriage contracted? Some possible answers are conceivable.

63. The online marriage may be perceived to be contracted in Ukraine, as Ukraine law provides for such form and Ukraine provides for the ‘infrastructure’ allowing for such marriage, the online marriage is available for Ukrainian nationals only, and State authority before which the marriage is concluded is located in Ukraine³¹ and confirms the conclusion of marriage with a Ukrainian marriage certificate. In such case – pursuant to Article 24(1) Poland-Ukraine Bilateral Agreement - the form would be governed by Ukrainian law.

64. Another conceivable (but less convincing) approach might be that the focus is put not on where the authority is located, but where the future spouses themselves are present while contracting marriage³². Indeed it was proposed in the Polish legal literature - in the context of marriage concluded *in absentia* (but not online) - that the marriage is contracted in the place where the second declaration reaches the future spouse who made the first declaration³³.

65. Depending on the circumstances, for instance if both future spouses or one of them are present in Poland during the online ceremony - in case this second approach is applied - the marriage may

²⁹ See S. GÖSSL, “Gender, identity and private international law”, in J. CARRUTHERS/B. LINDSAY (eds.), *Research Handbook on International Family Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2024, p. 79: “The receiving authority reviews the establishing of the status by following its own conflict of laws rule (lex fori). If the requirements of the domestic law designated by those choice of law rules of the lex fori are fulfilled and lead to the same result as the status in question, the status will be ‘recognised’ or accepted.”

³⁰ M. PILICH/J. TURLUKOWSKI, *Polsko-Ukraińska umowa o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych i karnych. Komentarz do przepisów o sprawach cywilnych*, Warszawa, Wolters Kluwer, 2023, p. 94.

³¹ See S. GÖSSL, *Trending Topics in German PIL 2024 (Part 2 – Online Marriages, Gender Affiliation and Name Law)*, Conflict of Laws Blog of 24 March 2025 available at <https://conflictflaws.net/2025/trending-topics-in-german-pil-2024-part-2-online-marriages-gender-affiliation-name-law/> (accessed 15 December 2025).

³² See S. GÖSSL, *Trending Topics*, cit.

³³ W. POPIOLEK, “Rozdział XVI. Zawarcie małżeństwa” in M. PAZDAN (ed.), *op. cit.*, p. 63.

be perceived to be contracted in Poland. In such case, pursuant to Article 24(1) Poland-Ukraine Bilateral Agreement, if the form is governed by Polish law, the marriage would be contracted in a form inadmissible under Polish substantive family law.

66. If during the celebration of marriage the future spouses or one of them are present somewhere else, outside of Ukraine and outside of Poland – again in case the second approach is applied -then the situation “falls out” of the scope of the Poland-Ukraine Bilateral Agreement, and conflict of law rule of 2011 Polish Private International Law Act applies. In such case, pursuant to Article 49(2) 2011 Private International Law Act, the form is governed by the law of common nationality of the spouses, namely Ukrainian law.

67. Hence, if the first approach is applied, namely the marriage is perceived as concluded in Ukraine (the place of location of the state authority), Ukrainian law governs the form. As the public policy clause should not be used against the application of Ukrainian law – as explained above – the marriage would be valid in Poland. If the second approach is applied, namely the marriage is perceived as concluded in a State where both or one of future spouses is present during the ceremony and additionally, this place happens to be in Poland, Polish law would govern form and consequently the marriage would not be valid. If the second approach is applied and the place of contracting marriage is outside Poland and outside Ukraine, the form is governed by Ukrainian law and again the marriage would be valid. The above shows that the application of the second approach is unfavorable to Ukrainians residing in Poland and could only trigger forum shopping. A Ukrainian citizen residing in Poland could simply avoid the application of Polish law to the form of marriage by traveling to the neighboring State, for instance Slovakia, while contracting marriage via Diia application.

IX. Obstacles which Ukrainians face when marrying in Poland

68. Some of Ukrainian couples residing in Poland may prefer online marriage in Ukraine to “traditional” marriage in Poland in front of the Head of Civil Status Registration Office. This is because of the procedure in Poland, which might be sometimes burdensome.

69. In accordance with Article 79(1) Law on Civil Status Records, a foreigner intending to marry in Poland must submit to the Head of Civil Status Registration Office, among others, the following documents: a document confirming that, in accordance with the applicable law, he or she is eligible to marry and - if they were previously married - a copy of the marriage certificate with a document confirming its dissolution. Collecting these documents or having them recognized in Poland might be challenging.

70. The law applicable to capacity to marry is designated by a conflict of law rule contained in Article 24(2) Poland-Ukraine Bilateral Agreement. It states that the conditions for entering marriage are assessed for each person in accordance with the law of the State of which that person is a national. Hence, the capacity of marrying of a Ukrainian citizen is governed by Ukrainian law, and therefore, should be confirmed by a Ukrainian document. Same conclusion would result if domestic private international law - 2011 Private International Law Act would be applied³⁴. Pursuant to its Article 48 the capacity to marry is determined for each party by their national law at the time of marriage.

71. The challenging aspect is that Ukrainian law – since 2007 - provides that a statement filed by an interested person as to their capacity to marry is sufficient, and therefore documents confirming that a given person is eligible to marry are no longer drawn up by civil status registration offices in Ukraine³⁵.

³⁴ Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. - Prawo prywatne międzynarodowe, Dz.U.2023.503

³⁵ M. PILICH/J. TURLUKOWSKI, *op. cit.*, p. 98.

72. In case a foreigner cannot bring to Poland a document confirming their capacity to marry, pursuant to Article 79(2) Polish Law on Civil Status Records, the available procedure is an application filed to a Polish court requesting an exemption from submitting that document. In a non-contentious proceeding to exempt a foreigner from submitting a document, a Polish court determines, based on applicable law - Ukrainian law - whether a given person is eligible to marry. Such proceeding might be time consuming.

73. The second challenging aspect arises if a Ukrainian citizen was previously married in Ukraine, as a document confirming the dissolution of marriage must be submitted. Such a document requires recognition in Poland. In accordance with Poland-Ukraine Bilateral Agreement decisions on dissolution if handed down by authorities other than courts (which is the case of divorces which might be pronounced in Ukraine by civil status registrars) require for their recognition a separate court proceeding. Such proceeding might also be time consuming.

74. Given the above, an online marriage is a very convenient solution for Ukrainians residing in Poland.

X. Conclusions

75. Online marriage registration in Ukraine represents a significant step in the digitalisation of civil status registration, accelerated by the conditions of martial law. While the legal nature of marriage remains unchanged and continues to require mandatory State registration, the procedure for its conclusion has been fundamentally modernised. The Diia-based model ensures accessibility, efficiency, transparency, and legal certainty, while also providing enhanced security and practical convenience for citizens, particularly in the context of military operations. Overall, the Ukrainian approach offers an innovative and legally sound model for the future development of digital family law.

76. At the same time, the experimental nature of online marriage registration raises a question of its validity in other States, for instance the neighbouring Poland. The analysis of this validity from the perspective of private international law reveals that there are no obstacles to the recognition of Ukrainian online marriages in Poland, which is achieved through the transcription of a Ukrainian marriage certificate into Polish civil status registry. Public policy does not seem like an adequate tool applicable in this case.

VARIA

Diseñador de moda, autoría estilística y caducidad
de una marca por uso engañoso: ¿Todo vale para hacer creer
al público que el diseñador sigue teniendo vinculación
con la marca que se corresponde con su apellido?
Comentario a la STJUE de 18 de diciembre de 2025

Fashion designer, creative authorship and revocation of a mark
due to misleading use: Is anything acceptable to make the
public believe that the designer still has a connection with
the mark that corresponds to their surname? Commentary
on the CJEU judgment of 18 December 2025

ISABEL ANTÓN JUÁREZ

*Profesora titular de Derecho internacional privado
Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0002-5639-2301

Recibido: 28.01.2026 / Aceptado: 11.02.2026

DOI: 10.20318/cdt.2026.10284

Resumen: El objeto de este trabajo es el estudio de la sentencia del TJUE de 18 de diciembre de 2025 en la que se resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Casación francés. La cuestión que plantea el tribunal nacional al TJUE es si en atención al derecho de marcas europeo es posible que una marca que se corresponde con el apellido de su titular anterior (un diseñador de moda conocido en Francia) caduque porque su titular actual hace un uso de la misma en el que intenta hacer creer al consumidor que el titular originario sigue vinculado con la marca cuando no es así. El presente comentario se va a dividir en tres partes. En la primera de ellas abordaremos los hechos del caso y su recorrido judicial, en una segunda parte se estudiará brevemente la caducidad de una marca a la luz del Derecho europeo y en la última se analizará y reflexionará sobre la sentencia del TJUE de 18 de diciembre de 2025.

Palabras clave: caducidad, marca, moda, indicación engañosa, consumidor.

Abstract: The purpose of this paper is to examine the judgment of the CJEU of December 18, 2025, which resolved a preliminary question referred by the French Court of Cassation. The question posed by the national court to the CJEU is whether, under European trademark law, a trademark corresponding to the surname of its former owner (a well-known fashion designer in France) can be revoked because its current owner uses it in a way that attempts to mislead consumers into believing that the original owner remains associated with the trademark when this is not the case. This commentary will be divided into three parts. The first will address the facts of the case and its legal history; the second will briefly examine the lapse of a trademark under European law; and the final part will analyze and reflect upon the CJEU judgment of December 18, 2025.

Keywords: revocation, trade mark, fashion, misleading indication, consumer.

Sumario: I. Aproximación inicial. II. Hechos del caso. III. Recorrido judicial del asunto. IV. La caducidad de una marca a la luz del Derecho europeo. 1. Motivos de caducidad. 2. La caducidad de una marca por inducir al público a error a la luz de las resoluciones del TJUE. 3. El asunto Emmanuel. 4. El asunto Elio Fiorucci. V. La respuesta del TJUE en su sentencia de 18 de diciembre de 2025. 1. La solución a la cuestión preliminar. 2. La solución a la cuestión de fondo. VI. Reflexiones finales.

I. Aproximación inicial

1. El objeto de este trabajo es el análisis de un asunto derivado de la STJUE de 18 de diciembre de 2025, PMJC contra [W] [X] y otros¹. El caso objeto de estudio se inició en el año 2019 ante tribunales franceses en relación a un asunto que enfrentaba a un conocido diseñador francés Jean Charles de CastelBajac y la empresa PMJC que había adquirido su compañía en el año 2012. Esa adquisición era consecuencia de un proceso de insolvencia del diseñador.

En los primeros años de los 2000, el diseñador registró en el registro de marcas francés dos marcas para vender prendas de vestir principalmente. Estas marcas pasaron al nuevo dueño de la compañía, PMJC. Tras colaborar durante varios años, el diseñador Jean Charles de Castelbajac se desvinculó de PMJC y de sus marcas por completo, pero siguió vinculado al mundo de la moda con una nueva compañía que creó posteriormente. Después de esa colaboración, el diseñador y PMJC mantuvieron diferentes disputas y litigios. De hecho, PMJC fue condenado dos veces por infringir derechos de autor del diseñador Charles de Castelbajac.

Todo comienza cuando PMJC demanda al diseñador por competencia desleal y por usar su apellido Castelbajac en sus creaciones ante un tribunal de París. El diseñador reconviene a esa demanda, planteando la caducidad por inducir al público a error de las marcas adquiridas por PMJC al comprar la empresa del diseñador en el año 2012. Esto es así debido a que el diseñador afirma que PMJC hace creer al consumidor que él sigue vinculado a esas marcas cuando dejaron de tener relación años atrás. El asunto ha sido resuelto en dos instancias ante tribunales franceses dando lugar a resultados contrapuestos. En la actualidad, el Tribunal de Casación estará a punto de resolver el asunto teniendo presente la respuesta del TJUE en la sentencia objeto de comentario.²

2. Las personas que se dedican a diseñar, crear, ya sean prendas de vestir, complementos, hacer música o pintar tienen algo en común y es que suelen ser personas con unas personalidades y mentes muy creativas, sensibles, pero, en general, tienen poco desarrollada esa parte más empresarial. Especialmente esa parte relativa a la dirección y gestión del negocio. Muchos de estos creadores carecen de las cualidades empresariales necesarias para poder afrontar las dificultades que los negocios relacionados con la moda tienen que hacer frente en su día a día. Esto los ha llevado a muchos de ellos a que sus empresas se encuentren al borde de la quiebra. Así, se ha podido ver como marcas de moda muy reconocidas por el público en general, han dejado de estar en manos de sus creadores originarios para pasar a empresas que podían ofrecer otro tipo de gestión y con ello la supervivencia de la compañía.

Ejemplos no nos faltan. Este fue el caso de Cocó Chanel, creadora de la firma Chanel, la cual en el año 1954 tuvo que vender su empresa y con ella sus signos distintivos en el tráfico comercial a la familia Wertheimer debido a las dificultades financieras que atravesaba el negocio³. Por continuar con el sector del lujo, no podemos dejar de mencionar *Dior*, *Loewe*, *Guerlain*, *Loro Piana*, *Balenciaga* o *Versace*. Todas ellas, además de ser marcas de lujo, son marcas que no se encuentran en propiedad de sus creadores originarios o de sus familiares. Son conocidas marcas a día de hoy porque para poder continuar tuvieron que ser vendidas a conglomerados empresariales del lujo como LVMH (este fue el caso de Dior, Loewe, Loro Piana y Guerlain), Kering (Balenciaga) o el grupo Prada (el cual compró

¹ STJUE de 18 de diciembre de 2025, C-168/24, PMJC SAS contra [W] [X] y otros, ECLI:EU:C:2025:986.

² Conclusiones del Abogado General Sr. Nicholas Emiliou presentadas el 27 de marzo de 2025,

PMJC SAS contra [W] [X], [M] [X], [X] Créative SAS Asunto C-168/24, ECLI:EU:C:2025:221.

³ E. Ros, "Los (secretos) dueños de Chanel", *La Vanguardia*, 3 de septiembre de 2016, disponible en <https://www.lavanguardia.com/gente/20160903/4170350396/alain-gerard-wertheimer-duenos-imperio-chanel.html> (consultado el 30 de diciembre de 2025); De las muchas biografías sobre Coco Chanel, vid. *ad ex.*, A. MADSEN, *Coco Chanel*, Circe, 1998.

recientemente la firma Versace). Estos grupos proporcionan una gestión y visión empresarial global con objetivos a largo plazo y con inversiones muy estudiadas⁴.

3. Otro asunto que planteó problemas jurídicos similares al caso objeto de estudio fue el que protagonizó la modelo francesa Inès de la Fressange. Esta conocida modelo (sobre todo en los años 80 del pasado siglo) vendió su empresa de moda y con ella su marca en 1999. Su vinculación con la empresa que compró su compañía y su marca desapareció y la conocida modelo intentó seguir utilizando su nombre y apellido para comercializar sus productos. Sin embargo, esto podía causar riesgo de confusión, ya que, ella ya no era titular de esa marca que llevaba su nombre. La modelo interpuso ante tribunales franceses una acción para que la marca que había vendido se declarase caducada, pero la Corte francesa de Casación no le dio la razón⁵. Básicamente el tribunal francés consideró que al vender su marca ella había obtenido beneficio económico con la venta y que no podía desposeer de la marca, por la que había pagado su nuevo titular, por mucho que coincidiera el nombre y apellido de la modelo y esto implicara que ella se abstuviera de designar sus nuevos diseños con su nombre.

En España también hemos tenido situaciones parecidas. Este fue el caso del conocido diseñador español Ángel Schlesser⁶, el cual vendió en un 75% la empresa que lleva su nombre en 2016, dejando de tener cualquier tipo de propiedad y de relación con su marca pocos años después. Esta venta implicó también la venta de la marca *Ángel Schlesser*, marca muy conocida, a diferencia del nombre verdadero de su creador Ángel Fernández Ovejero.

Estos ejemplos permiten ilustrar como la venta por los creadores/diseñadores originarios de sus empresas y con ellas las marcas que se corresponden con sus apellidos (marcas patronímicas) es más que habitual en un sector como el de la moda y de la belleza.

La cuestión legal que se plantea al TJUE en el asunto PMJC objeto de comentario es, hasta qué punto el uso de la marca por el titular actual tras la ruptura del vínculo con el dueño originario de la marca hace que esta pueda convertirse en engañosa por inducir al público a error debido a que se puede llegar a entender que el diseñador sigue vinculado con la marca cuando ya no es así.

4. El presente trabajo se va a dividir en tres partes. En la primera de ellas abordaremos los hechos del caso y su recorrido judicial, en una segunda parte se estudiará brevemente la caducidad de una marca a la luz del Derecho europeo y en la última se estudiará la sentencia TJUE de 18 de diciembre de 2025.

II. Hechos del caso

5. En el marco del procedimiento de insolvencia, la empresa del diseñador Jean-Charles de Castelbajac en 2012 fue adquirida por la empresa francesa PMJC. En esa adquisición, PMJC adquirió también las marcas denominativas francesas JC DE CASTELBAJAC y JEAN CHARLES DE CASTELBAJAC registradas para diferentes clases, entre ellas y las que son de relevancia en este asunto, para la clase 25 relativa a prendas de vestir de mujer, hombre y niño. Una de esas marcas adquiridas por PMJC sería esta:

JC DE CASTELBAJAC

⁴ Estos conglomerados que conocemos hoy de lujo y que básicamente son dos grupos franceses (LVMH y Kering), uno italiano (el grupo Prada) y uno suizo (el grupo Richemont) aglutinan casi el 90% de los beneficios de la venta de bienes y servicios clasificados como “de lujo”. Sobre este particular *vid.* P. Y. DONZÉ, “The birth of Luxury Big Business: LVMH, Richemont and Kering”, en P. Y. DONZÉ/R. FUJIIOLA(Eds), *Global Luxury*, Springer, 2018, pp. 19-38.

⁵ Sentencia de la Corte de Casación francesa de 31 de enero de 2006, nº 05-10.116. Sobre este particular *vid.* J.SUNDAY, donde se hace referencia a este asunto, <https://ipkitten.blogspot.com/2006/08/latest-etmr.html>; También *vid.* “The Ines de la Fressange affair — A few tips to avoid losing the right to use your name!” en <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=6a7944bb-2389-4448-b53f-edec594bbb64> (consultado el 30 de diciembre de 2025).

⁶ <https://www.elmundo.es/loc/2017/02/11/589e050b22601d73148b46c1.html> (consultado el 30 de diciembre de 2025).

6. Tras la compra, PMJC y el diseñador Jean Charles de Castelbajac celebraron un contrato de prestación de servicios para que el diseñador se encargara de la dirección creativa de las marcas adquiridas por la primera. Esta relación llegó a su fin en 2015 y se produjeron diferentes disputas entre PMJC y el diseñador en los siguientes años. Algunas de esas disputas llegaron a los tribunales y PMJC fue condenada dos veces por infringir derechos de autor de Jean Charles de Castelbajac.

7. Uno de los motivos de mayor enfrentamiento entre PMJC y el diseñador en esos años residía principalmente en que Jean Charles de Castelbajac continuó utilizando su nombre CASTELBAJAC para designar sus nuevas creaciones. Esto dio lugar a que, PMJC demandara al diseñador por infracción de marca registrada y competencia desleal en el año 2018 ante tribunales de París. El diseñador no aceptó la demanda sin más y reconvino solicitando la caducidad de las marcas basándose en que PMJC inducía a error a los consumidores (en particular, entre los años 2017 y 2019) al hacer creer que él seguía vinculado a esas marcas cuando desde el 31 de diciembre del año 2015 ya no mantenían ninguna relación.

III. Recorrido judicial del asunto

8. En primer lugar, el Tribunal de Primera Instancia de París, desestimó tanto las demandas de PMJC por infracción y competencia desleal como las reconvenciones del diseñador por caducidad de marca⁷.

9. En segunda instancia, sin embargo, la Corte de Apelación de París⁸ dio la razón al diseñador Jean Charles de Castelbajac y declaró la caducidad de las marcas titularidad de PMJC para las clases relativas a prendas de vestir.

En esta instancia, PMJC argumentó que en base al art. 1626 y siguientes del Código Civil francés, el cedente de una marca debe permitir el uso pacífico de una marca y debe abstenerse de llevar a cabo cualquier acción que impida al cesionario tal uso y disfrute de su derecho de marca. Así, PMJC argumentó que el cedente de una marca, en este caso el diseñador de Castelbajac, no tenía derecho en base al Código Civil francés a presentar acciones de nulidad y caducidad sobre los signos distintivos que anteriormente le habían pertenecido. Sin embargo, el Tribunal de Apelación de París admitió a trámite la solicitud del diseñador Sr. de Castelbajac de caducidad de las marcas cedidas por este último, alegando que “el incumplimiento de la evicción no constituye una inadmisibilidad para actuar, sino una posible falta separada, susceptible, de comprobarse, de comprometer la responsabilidad del vendedor con arreglo al artículo 1630 del Código Civil”.

En contraposición, el diseñador de Castelbajac argumentó que PMJC había incurrido en diversos actos ilícitos, induciendo al público a creer que seguía siendo el autor de las creaciones en las que se fijaban las marcas.

En cuanto a la caducidad, el Tribunal de Apelación francés se apoyó en el asunto *Emmanuel* del TJUE⁹. Así el tribunal francés consideró que el titular de una marca que se corresponde con el nombre del diseñador y primer fabricante de los productos que la llevan no puede, por el mero hecho de dicha particularidad, verse privado de sus derechos por riesgo de que la marca indujera a error al público¹⁰, afirmando que la caducidad sólo puede declararse si se demuestra un uso engañoso.

En este caso, el Tribunal francés de segunda instancia concluyó que dicho uso engañoso estaba claramente establecido, ya que PMJC había asociado sus marcas (JC DE CASTELBAJAC y JEAN CHARLES DE CASTELBAJAC), a las marcas actuales del diseñador [CASTELBAJAC y CASTELBAJAC PARIS] que constituyen formas ligeramente modificadas de las mismas. Para el Tribunal PMJC

⁷ Tribunal de Primera Instancia de París, 26 de junio de 2020.

⁸ Corte de Apelación de París, 12 de octubre de 2022 — n.º 20/11628.

⁹ STJUE de 30 de marzo de 2006, C-259/04, *Emmanuel*, ECLI:EU:C:2006:215.

¹⁰ STJUE de 30 de marzo de 2006, C-259/04, *Emmanuel*, ECLI:EU:C:2006:215, apartado 53.

había inducido a los consumidores a creer que ciertos productos que compran, que llevan estas marcas o signos, fueron diseñados por o bajo la dirección artística del Sr. de Castelbajac. Todo ello a pesar de que ese diseño ya no se enmarca en el ámbito de la colaboración entre la empresa y el diseñador debido a que terminó en 2015.

De este modo, el Tribunal de Apelación estimó las pretensiones del diseñador De Castelbajac y declaró la caducidad de las marcas controvertidas para los productos y servicios relacionados con los hechos en litigio en atención al art. L. 714-6 (b) *Code de la Propriété Intellectuelle*. Precepto último que implementa en el ordenamiento jurídico francés el art. 20. letra b de la *Directiva 2015/2436 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2015 relativa a la aproximación de las legislaciones de los estados miembros en materia de marcas*¹¹. El art. L. 714-6 (b) es un precepto casi idéntico al art. 54.1 letra c de la Ley de marcas española.

10. PMJC recurrió la decisión y ya en casación, el Tribunal¹² consideró que debía resolver dividiendo el asunto en dos partes.

Por un lado, la cuestión relativa a la admisibilidad de la demanda de la acción de caducidad debido a la garantía de evicción que impide al cedente interponer acciones que perturben el uso pacífico del derecho adquirido por el cesionario. Por el otro, la cuestión de si concurren los motivos necesarios para que prospere la acción de caducidad en atención al citado art. 20 letra b de la Directiva 2015/2436.

En relación con la primera cuestión, la admisibilidad de la demanda de la acción de caducidad del Sr. de Castelbajac, el Tribunal desestimó la sentencia del Tribunal de Apelación y confirmó la jurisprudencia establecida según la cual “el cedente de derechos relativos a una marca está obligado por lo dispuesto en el artículo 1628 del Código Civil y, en consecuencia, no es admisible en una demanda de caducidad de estos derechos por fraude adquirido de dicha marca, que pretende la evicción al adquirente”.

Sin embargo, el Tribunal de Casación añade que la garantía a favor del cesionario cesa cuando la evicción se debe a su culpa y que, por lo tanto, debe ahora considerarse si se hace una excepción a esta regla cuando la acción de caducidad por engaño se basa en la ocurrencia de actos ilícitos posteriores a la cesión e imputables al cesionario¹³.

El diseñador, el señor de Castelbajac, argumenta que, desde la finalización de su colaboración en el año 2015, PMJC ha estado explotando las marcas cedidas de tal manera que indujo al público a creer que él es el autor de las creaciones que se venden bajo las marcas propiedad de PMJC.

De lo anterior se desprende que la acción interpuesta por el Sr. Castelbajac no es inadmisibile a pesar de la garantía de evicción presente en el derecho francés que persigue proteger el uso pacífico de la cosa cedida.

Por lo tanto, el cesionario de una marca que utilice el nombre del fabricante/diseñador original de los productos debe ser especialmente cuidadoso en la explotación de su marca para evitar incurrir en conductas que puedan considerarse engañosas.

En relación con la segunda cuestión, que prospere la acción de caducidad y que las marcas en liza caduquen por actos de engaño debido a la actuación de la empresa que compró las marcas al diseñador. Sobre este particular, el Tribunal de Casación francés tiene dudas y prefiere remitir una cuestión prejudicial al TJUE, la cual es la siguiente:

“¿Deben interpretarse el artículo 12, apartado 2, letra b), de la Directiva [2008/95] y el artículo 20, letra b), de la [Directiva 2015/2436] en el sentido de que se oponen a que se declare la caducidad de una marca consistente en el apellido de un creador debido a que, tras haber sido cedida, dicha marca es explotada en condiciones que pueden hacer creer de manera efectiva al público que el citado creador sigue participando en el diseño de los productos que llevan la marca, cuando ya no es así?”.

¹¹ DOUE L 336/1, de 23 de diciembre de 2015.

¹² Cass., Com., 28 de febrero de 2024 — n.º 22-23.833. Disponible en https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000049385234?init=true&page=1&query=22-23.833&searchField=ALL&tab_selection=al (consultado el 30 de diciembre de 2025).

¹³ *Ibidem*, apartado 14.

IV. La caducidad de una marca a la luz del Derecho europeo

1. Motivos de caducidad

12. Una marca es un monopolio legal. Es un signo distintivo que al cumplir los requisitos para su concesión que determina un ordenamiento jurídico (en el caso de una marca nacional) o de una organización supranacional de Estados (en el caso de la marca de la UE) el titular pueda en exclusiva usar ese signo en el tráfico económico para designar determinados productos y/o servicios y diferenciarlos así de los de la competencia. Ese monopolio legal que implican las marcas hace que del uso que se hace de la mismas por sus titulares pueda restringir o falsear la competencia en el mercado. Así, para evitar ese daño a los competidores y a los consumidores existen “remedios legales” para evitarlo como la caducidad de las marcas.

La declaración de caducidad de una marca implica la extinción de la misma debido a hechos acaecidos tras el registro. Es decir, una marca induce a error por motivos sobrevenidos, motivos que no existían al momento del registro. El resultado jurídico al que se llega con la estimación de esta acción es la cancelación registral de la marca. A diferencia de lo que sucede con la nulidad, la marca es válida hasta el momento en el que la caducidad se produce¹⁴. En particular, el motivo en el que nos vamos a centrar es en el de inducir a error al público. En otras palabras, el uso engañoso tendría lugar cuando el mensaje transmitido por la marca no se corresponde con las características de los productos designados con la misma.

13. La Ley 17/2001, de marcas en su art. 54 señala las causas que permiten la caducidad del signo. Las mismas serían: 1) la falta de uso de la marca (art. 58 de la Ley de Marcas); 2) la vulgarización de la marca; 3) la conversión de la marca en un signo engañoso; 4) la falta de renovación (art. 56 de la Ley de Marcas).

En relación al Derecho europeo de marcas, tenemos que acudir a los arts. 19 a 21 de la Directiva 2015/2436 y al art. 58 del *Reglamento 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017 sobre la marca de la unión europea* (en adelante, RMUE)¹⁵ para atender a los aspectos relativos a cuando una marca podría caducar por convertirse en un signo engañoso.

En particular, el artículo que nos interesa por el objeto del presente capítulo es el art. 20 letra b Directiva 2015/2436, el cual señala:

“como consecuencia del uso realizado por el titular de la marca o con su consentimiento, pueda inducir al público a error, especialmente acerca de la naturaleza, la calidad o el origen geográfico de los productos o servicios para los que esté registrada”.

Este precepto coincide en su totalidad con la regulación de la anterior Directiva de marcas, el art. 12.2 letra b Directiva 2008/95/CE¹⁶.

Tanto la Directiva de marcas como el Reglamento de marca de la UE diferencian en sus respectivos preceptos entre la prohibición absoluta de registro de marcas susceptible de inducir a error al público acerca de las características esenciales del producto o servicio (art. 5.1 letra g Directiva 2015/2436/art. 7.1 letra g Reglamento UE 2017/1001) y la causa de caducidad que tiene lugar con posterioridad al registro de la marca y que se convierte en engañosa más tarde (art. 20 letra b Directiva 2015/2436/art. 58.1 letra c RMUE).

14. Por lo tanto, las *causas* en las que se podría sustentar la acción de caducidad son básicamente las mismas tanto en el derecho nacional como en el europeo, siendo tres las razones o motivos: 1) caducidad por falta de uso de la marca; 2) caducidad por vulgarización de la marca; 3) caducidad por el hecho de que la marca se convierta en un signo engañoso.

¹⁴ A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, “Introducción a las...”, p. 244.

¹⁵ DOUE L 154/1, de 16 de junio de 2017.

¹⁶ Directiva 2008/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (Versión codificada).

A) Caducidad de una marca por falta de uso

15. En cuanto a la *acción de caducidad por falta de uso* de la marca destacar que la falta de uso de una marca durante cinco años de forma ininterrumpida permitiría llevar a cabo esta acción (art. 39 Ley 17/2001/Art.58.1 RMUE). No obstante, es necesario precisar que esa falta de uso durante esos cinco años no desencadena automáticamente la cancelación del signo cuando esta acción se ejercita¹⁷. El titular de la marca puede defenderse y podría evitar la cancelación del signo probando que ha estado usando su marca tres meses antes de que la acción judicial se ejercitara¹⁸. Esta rehabilitación de la marca puede impedir la cancelación del signo siempre y cuando el titular demuestre que el uso anterior a la acción de caducidad no es consecuencia únicamente de que haya tenido conocimiento de que se iba a presentar una acción de caducidad contra su signo¹⁹. En el caso de que el titular hubiera comenzado a usar su marca únicamente porque ha tenido conocimiento de que se iba a ejercer tal acción y así evitar su caducidad no va a evitar que la misma sea cancelada²⁰.

En definitiva, este motivo de caducidad basado en la falta de uso persigue evitar el riesgo de la restricción de la libre competencia y la libre prestación de servicios²¹.

A) Caducidad de una marca por vulgarización

16. En relación con el motivo basado en la *vulgarización o generalización de la marca* señalar que consiste en una marca que inicialmente permitía distinguir los productos o servicios en el mercado de una empresa pierde esa función y adquiere una nueva, la de designar en el mercado a los productos o servicios del mismo tipo²². Es decir, este motivo de caducidad es consecuencia de que la marca pierde su función esencial: la de designar los productos y/o servicios de una empresa en el mercado. Esto muestra como la capacidad distintiva de los signos es dinámica²³. Esto es así porque se trata de una cualidad fáctica. Ejemplos sobre marcas que se han vulgarizado o se han convertido en la forma de llamar al producto de manera genérica hay muchos, *nocilla*, *clínex*, *rimmel*, *pan bimbo*, entre otros. Estos nombres para denominar a determinados productos son marcas registradas. Marcas que permiten distinguir el producto de una empresa en el mercado. Sin embargo, fue tal su uso por los consumidores que dichas marcas han pasado a designar los productos de ese tipo o categoría. Casi todas las marcas señaladas siguen siendo marcas y no han caducado. Esto es así debido a que lexicalización, es decir, la incorporación de una palabra al lenguaje común y su incorporación al diccionario de la Real Academia Española no significa que la marca se vulgare y se pierda por su titular. Sobre este particular existe una sentencia reciente del TS española donde el Grupo mexicano *Bimbo* gana la batalla para que su marca DONUTS no se vulgare²⁴. Y tras esa sentencia, es necesario tener en cuenta que la empresa *Bimbo* sigue siendo la titular de la marca DONUT y que ninguna otra empresa puede usar este término, aunque en el diccionario se incluya el término donut.

No ha sucedido así con otras marcas como fue el caso de la marca *bio* que pertenecía a la empresa Danone²⁵, la cual caducó por vulgarización.

¹⁷ C. FERNÁNDEZ-NOVOA/J.M. OTERO LASTRES/ M. BOTANA AGRA, *Manual de la ...*, p. 633; A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, “Introducción a las...”, p. 246.

¹⁸ STJUE de 21 de diciembre de 2016, C-542/16, *Länsförsäkringar*, ECLI:EU:C:2016:998, apartados 23 a 25.

¹⁹ STS de 22 de septiembre de 1999, núm. 779/1999, ECLI:ES:TS:1999:5699, FD 2º.

²⁰ C. FERNÁNDEZ-NOVOA/J.M. OTERO LASTRES/ M. BOTANA AGRA, *Manual de la ...*, p. 634.

²¹ STJUE de 19 de diciembre de 2012, C-149/11, *Leno Meren*, EU:C:2012:816, apartado 32.

²² Vid. C. FERNÁNDEZ-NOVOA/J.M. OTERO LASTRES/ M. BOTANA AGRA, *Manual de la ...*, p. 650. Vid. también, STJUE de 27 de abril de 2006, C-145/05, *Levi Strauss & Co. contra Casucci SpA* ECLI:EU:C:2006:264, apartado 28.

²³ A. SUÑOL, *Comentario a la Sentencia de Audiencia provincial de Barcelona de 6 de junio de 2018*, disponible en <https://almacendederecho.org/vulgarizacion-la-marca/> (consultado el 30 de diciembre de 2025).

²⁴ STS de 28 de octubre de 2025, nº 1505/2025, ECLI:ES:2025:4788.

²⁵ La primera sentencia del TS resolviendo un asunto sobre la vulgarización de una marca en atención a la Ley de marcas española fue la STS de 22 de diciembre de 2008. En esta sentencia se declaró la caducidad de la marca “bio” cuya titularidad pertenecía a la multinacional DANONE debido a que se consideró que se había convertido en un término descriptivo y co-

17. Según señala la doctrina, es necesario diferenciar dos sistemas de caducidad por vulgarización de una marca²⁶. Por un lado, se encontraría *el sistema objetivo*. Este sistema se sigue en el ordenamiento estadounidense y consiste en que la vulgarización de la marca, y por tanto, su posterior caducidad, va a depender en exclusiva de los consumidores. Es indiferente la actitud que el titular de la marca haya llevado a cabo. En otras palabras, el signo se va a vulgarizar sí o sí con independencia de que el titular haya realizado actos para evitar su vulgarización. Este sistema es el que mejor puede casar con esa naturaleza dinámica de los signos distintivos. Sin embargo, como contrapartida, este sistema en determinados casos puede dejar desprotegido al titular, ya que su signo va a ser cancelado con independencia de los esfuerzos que haya llevado a cabo para conservar el carácter distintivo²⁷.

18. Por el otro, se encontraría el *sistema subjetivo o mixto*. Este sistema es el seguido en el derecho europeo de marcas, y por ende, en el ordenamiento jurídico español. En particular, el art. 54.1.b) de la Ley de Marcas española exige dos requisitos para que la marca caduque por vulgarización. Estos requisitos son: 1) *El signo debe sufrir la conversión*. En un primer momento era distintivo, pero por su uso por los consumidores pasa a ser común o vulgar, perdiendo esa distintividad propia de las marcas. Un aspecto que señala la doctrina es la dificultad de precisar exactamente cuándo el signo se vulgarizado. La fecha exacta es difícil de precisarla, pero es necesario determinar una fecha próxima para la sentencia declarativa de caducidad²⁸; 2) *Esa conversión ha tenido que ver con la actitud del titular del signo*. De este modo, si el titular se ha esforzado en evitar la vulgarización, el signo no va a caducar. Sólo caducaría cuando el titular ha tenido una actitud negligente o que no ha sido suficientemente diligente²⁹. La Ley de Marcas española señala en el art. 54.1.b) “*actividad o inactividad de su titular*”. Sin embargo, los tribunales a la hora de comprobar este requisito subjetivo conceden la caducidad cuando el titular del signo ha tenido una actitud pasiva³⁰. No sucedería así en los casos en los que el titular ha tenido una actitud activa y se ha intentado movilizar para que la marca no se vulgarice³¹.

19. Un aspecto irrelevante a la luz del Derecho europeo de marcas para declarar la caducidad de la marca por vulgarización es el hecho de que no exista una designación alternativa para el producto o servicio en cuestión³². Esta falta de alternativa no cambia que la marca haya perdido su carácter distintivo que es lo que sucede cuando una marca se convierte en la designación usual en el comercio de un producto o servicio para el que está registrada.

20. Por último, destacar que la caducidad de una marca por vulgarización suele ser parcial. Esto es así porque cuando una marca se vulgariza es en relación a un producto concreto no a todos los que la marca designa.

mún para designar yogures fermentados con *bifidus activo*. Para un comentario sobre esta sentencia vid. J.A.GARCÍA -CRUCES GONZÁLEZ, “Caducidad por vulgarización de la marca y uso de ésta en forma distinta a la de su registro. Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2008 y de 15 de enero de 2009”, en M.YZQUIERDO TOLSADA (Dir.), *Comentario a las sentencias de unificación de doctrina*, vol. 3, 2009, pp. 225-269. Disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sen-tencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2009-4 (consultado el 30 de diciembre de 2025).

²⁶ C. FERNÁNDEZ-NOVOA/J.M. OTERO LASTRES/ M. BOTANA AGRA, *Manual de la ...*, p. 650.

²⁷ *Ibidem*, p. 650.

²⁸ C. FERNÁNDEZ-NOVOA/J.M. OTERO LASTRES/ M. BOTANA AGRA, *Manual de la ...*, p. 651.

²⁹ Una actitud poco diligente que da lugar a inactividad por parte del titular podría derivarse del hecho de que el titular no ha emprendido acciones judiciales cuando correspondía, *vid.* STJUE de 6 de marzo de 2014, C-409/12, *Backaldrin Österreich The Kornspitz Company GmbH contra Pfahnl Backmittel GmbH* ECLI:EU:C:2014:130, apartado 33.

³⁰ SAP de 6 de junio de 2018, núm. 378/2018, ECLI:ES:APB:2018:6128, FD 2.º.

³¹ Entre las medidas que activamente puede llevar a cabo un titular de una marca con el fin de que su signo no se vulgarice destacar las siguientes: 1) Ejercitar las acciones correspondientes contra las personas físicas o jurídicas que utilizan la marca como designación genérica; 2) Llevar a cabo una campaña informativa con el fin de que el público pueda conocer de que ese nombre se trata de una marca registrada; 3) En el supuesto de que la marca se hubiera incluido en un diccionario para designar un género de productos, dirigirse al editor para que en futuras ediciones quede constancia de que esa palabra se trata de una marca registrada. *Vid.* al respecto, C. FERNÁNDEZ-NOVOA/J.M. OTERO LASTRES/ M. BOTANA AGRA, *Manual de la ...*, p. 651.

³² STJUE de 6 de marzo de 2014, C-409/12 *Backaldrin Österreich The Kornspitz Company GmbH contra Pfahnl Backmittel GmbH*, ECLI:EU:C:2014:130, apartado 39.

A) Falta de renovación

21. La marca, a diferencia de la patente, se puede renovar de manera ilimitada por períodos de diez años. Si transcurrido ese tiempo la marca no se renueva, caducaría. En contraposición, la patente, en atención al derecho europeo y español, tiene un período de validez de veinte años sin que se pueda prorrogar su validez. Esta diferencia entre el período de validez de una marca y de una patente es interesante para la protección de activos intangibles. De hecho, que la marca pueda ser un bien intangible prácticamente con una duración ilimitada (si se va renovando y se cumple con la obligación de uso y no se ve incurso en ninguna de las causas de caducidad) hace que las empresas lo consideren uno de los activos más deseados para proteger las formas de sus productos, colores o incluso olores³³.

A) Caducidad de una marca por convertirse en un signo engañoso

22. La causa relevante a efectos del presente trabajo es la caducidad de *la marca debido a que se ha convertido en un signo engañoso*. En este supuesto, la marca sigue conservando su carácter distintivo, sin embargo, proporciona a los consumidores información errónea en cuanto a la naturaleza, la calidad o el origen geográfico de los productos. El hecho de que la marca se haya convertido en un signo engañoso justificaría su caducidad, así lo recoge el art. 54.1.c) de la Ley de Marcas. Este precepto para que pueda ser de aplicación requiere dos requisitos³⁴. Por un lado, la marca debe inducir a error sobre determinados aspectos (naturaleza, calidad u origen geográfico de los productos). Por el otro, esa conversión en un signo engañoso es debido al uso que el propio titular o un tercero con su consentimiento realizan de la marca. De este modo, el titular de la marca puede evitar (de la misma manera que sucedía con la vulgarización) la caducidad del signo por haberse convertido en engañoso si realiza campañas de información a los consumidores sobre la verdadera naturaleza o procedencia real de su producto designado con su marca.

2. La caducidad de una marca por inducir al público a error a la luz de las resoluciones del TJUE

23. Un principio del que debe partirse es que una marca no se convierte en engañosa porque el público se confunde con otra marca, sino que, es engañosa debido a que el uso que realiza su titular lleva a error o genera un riesgo de error sobre características esenciales sobre el producto o servicio que designa, tales como procedencia, su composición...³⁵. El problema jurídico que presenta una marca engañosa es consigo misma, es decir, en relación a los productos o servicios que designa. La jurisprudencia del TJUE no es abundante sobre este tema³⁶, de ahí la necesidad de la resolución del alto tribunal europeo en el asunto objeto de comentario.

24. Aunque ya los adelantamos, los criterios a tener presente para determinar si un signo distintivo se convierte en engañoso serían dos:

³³ Sobre las marcas no tradicionales *vid.* C.VELASCO VEGA/L.PALOMINO LÓPEZ, “Cuando el diseño se convierte en marca: análisis del caso “Rouge G” de Guerlain, en I. Antón Juárez, *10 casos clave sobre Derecho de la moda a la luz del Derecho europeo*, Aranzadi La Ley, 2025, pp. 55-89; M^a.M. MAROÑO GARGALLO, ¿A qué obstáculos se enfrenta el registro de marcas no tradicionales en el sector de la moda?, en I.ANTÓN JUÁREZ, *20 Cuestiones Clave sobre el Derecho de la moda*, Aranzadi la Ley, 2024, pp. 97-134.

³⁴ C. FERNÁNDEZ-NOVOA/J.M. OTERO LASTRES/ M. BOTANA AGRA, *Manual de la...*, p. 655.

³⁵ R. BERCOVITZ ÁLVAREZ, “El uso de una marca en forma que induce a error al público, como posible causa de caducidad”, en Estudios sobre propiedad industrial e intelectual, Grupo Español de la AIPPI, 2015, pp. 141-183. P. 164.

³⁶ Las sentencias del TJUE relacionadas en mayor o menor medida con este motivo de caducidad son básicamente: la STJUE de 26 de noviembre de 1996, C-333/94, *Graffione*, ECLI:EU:C:1996:450, la STJUE de 4 de marzo de 1999, C-87/97, *Gorgonzola*, ECLI:EU:C:1999:115, la STJUE de 30 de marzo de 2006, *Emanuel*, C-259/04, ECLI:EU:2006:215. También muy interesante para el asunto que nos ocupa la STJUE de 14 de mayo de 2009, *Elio Fiorucci*, ECLI:EU:T:2009:157.

- 1) La *actuación* del titular o de un tercero que actúa con el consentimiento del titular.
- 2) El *error* debería recaer en la naturaleza, calidad o procedencia geográfica. Aunque conviene recordar que estas causas, como estudiaremos, no son exhaustivas³⁷.

El TJUE ha señalado que esta causa de caducidad debe interpretarse de forma restrictiva³⁸.

En relación a la *actuación del titular* hay que tener presente, como ya se ha señalado, que la marca se convierte en engañosa tras su registro y en relación a *características esenciales* del producto o servicio individualmente considerado. Al momento de concederse la marca, ésta no era engañosa. Tampoco la marca induce a error al público al momento de registro. Es la actuación del titular o de un tercero que actúa bajo el consentimiento de éste, la que da lugar a error al público. Ese tercero puede ser un distribuidor o licenciataria de la marca. El que lleva a cabo esa acción de caducidad debe poder probar que existe un nexo entre ese uso y el efecto engañoso³⁹. Si la marca se usa en el tráfico por un tercero que el titular autoriza, el que plantea la acción de caducidad debe preocuparse por probar que ese uso da lugar o genera riesgo de engaño en el público. Por el mero hecho, y esto es relevante en el asunto objeto de comentario, de que el titular de la marca originario ya no use la marca, incluso esté desvinculado de la misma, no significa que la marca induce a error respecto a la naturaleza y productos que designa.

Respecto al *error sobre la naturaleza, calidad y procedencia geográfica* señalar que no es una lista cerrada *numerus clausus* como analizaremos posteriormente. También hay que tener presente que una marca no se convierte en engañosa porque no alcanza un determinado nivel de calidad⁴⁰. La calidad de los productos o servicios que designa la marca puede variar con el paso del tiempo y eso no implica *per se* que se haya convertido en un signo engañoso.

En relación a la procedencia geográfica, la marca puede llevar a error sobre su origen geográfico tras ser válida *ab initio*. Esta relación entre el carácter engañoso de una marca y las denominaciones de origen y las indicaciones geográficas es habitual en la práctica. Estas cuestiones se pusieron de manifiesto en el asunto *Gorgonzola vs Cambozola*, resuelto por el TJUE en el año 2006⁴¹. Este litigio fue iniciado por el *Consorzio per la tutela del formaggio Gorgonzola* que solicitaba que se dejara de comercializar en Austria un queso bajo la marca *Cambozola* por inducir a error al público. Además, se pedía la cancelación de dicha marca registrada. Este queso era fabricado en Alemania por una empresa alemana y era una pasta blanda con moho azul. Este asunto se analizó desde la normativa en aquel momento en materia de indicaciones geográficas y de la denominación de origen⁴². El TJUE a la luz de dicha normativa que señalaba que una marca registrada de buena fe con anterioridad a una denominación de origen puede seguir siendo válida siempre que la marca no incurra en ninguna causa de nulidad o caducidad de las señaladas en la Directiva de marcas. La cuestión era si la marca “Cambozola” se consideraba una causa de caducidad por inducir a error en relación a la calidad, la naturaleza o procedencia geográfica del producto por la existencia de la denominación geográfica “Gorgonzola”.

El TJUE consideró que para que pueda producirse la caducidad de una marca debe existir un engaño efectivo o la existencia de un riesgo suficientemente grave de engaño al consumidor⁴³. Y aunque correspondía al tribunal nacional en virtud de las circunstancias del caso concreto apreciar considerar si

³⁷ Así lo ha señalado la doctrina, *vid.* M. BOHACZEWSKI, “Legal Protection of Luxury Brands Under EU Trade Mark Law”, en E. ROSATI/I. CALBOLI, *The Handbook of Fashion Law*, Oxford, 2025, p. 356.

³⁸ STJUE de 4 de marzo de 1999, C-87/97, *Gorgonzola*, ECLI:EU:C:1999:115, apartado 40.

³⁹ Decisión de la División de Cancelación de la OAMI de 16 de julio de 2009, caso 2509, marca Orient Express, apartado 13.

⁴⁰ R. BERCOVITZ ÁLVAREZ, “El uso de una marca...”, p. 158.

⁴¹ STJUE de 26 de noviembre de 1996, C-333/94, *Graffione*, ECLI:EU:C:1996:450.

⁴² Reglamento (CEE) núm. 2081/92 del Consejo de 14 de julio de 1992, relativo a la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios (DOUE núm. 208, de 24 de julio de 1992). Este Reglamento fue sustituido por el Reglamento (CE) n.º 510/2006 (DOUE L 93/12 de 31 de marzo de 2006), este a su vez por Reglamento (UE) n.º 1151/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de noviembre de 2012, sobre los regímenes de calidad de los productos agrícolas y alimenticios (DOUE núm. 343, de 14 de diciembre de 2012) y en la actualidad la norma en vigor es el Reglamento (UE) 2024/1143 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, relativo a las indicaciones geográficas para vinos, bebidas espirituosas y productos agrícolas, así como especialidades tradicionales garantizadas y términos de calidad facultativos para productos agrícolas, por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.º 1308/2013, (UE) 2019/787 y (UE) 2019/1753, y se deroga el Reglamento (UE) n.º 1151/2012 (DOUE núm. 1143, de 23 de abril de 2024).

⁴³ STJUE de 4 de marzo de 1999, C-87/97, *Gorgonzola*, ECLI:EU:C:1999:115, apartado 41.

concurría esta causa de caducidad, para el TJUE, la evocación de la marca “Cambozola” a la denominación de origen “Gorgonzola” por sí mismo no constituía un engaño al público sobre la naturaleza, la calidad o la procedencia de los productos o servicios que designa⁴⁴

Esta situación en la que el error al que puede inducir la marca está relacionado con la procedencia geográfica puede tener lugar cuando un fabricante titular de una marca produce sus productos en un país, el nombre de la marca hace referencia a dicho lugar, pero, aunque en un primer momento se fabricó ahí, dejó de hacerlo. Es lo que sucedió en el asunto “*Geneva*”⁴⁵. Un tribunal francés consideró que la marca debía caducar debido a que el fabricante de relojes por cuestiones de presupuesto dejó de fabricar en Suiza y hacerlo en países con mano de obra más barata⁴⁶. También es habitual que exista ese carácter engañoso por procedencia geográfica en las marcas que designan productos alimenticios. Así, *ad ex.*, una marca para designar café que hace utiliza la palabra Portugal y el café ya nada tiene que ver con ese país debido a que se dejó de fabricar en ese lugar.

Hay que tener presente que una marca puede caducar sólo parcialmente⁴⁷. Es decir, el signo puede ser engañoso respecto a determinados productos o servicios que designa, pero no respecto a todas las clases para las que está registrada la marca.

25. En definitiva, la caducidad de una marca por inducir a error nada tiene que ver con el riesgo de confusión con las marcas de otras empresas ni tampoco con el aprovechamiento de la reputación ajena. El art. 20 letra b de la Directiva 2015/2436 y las normas internas que lo han implementado en los ordenamientos jurídicos como el español (art. 54. 1 letra c Ley 17/2001) o francés (art. L. 714-6,b) tienen como fin que la marca pueda caducar por inducir a error sobre cualidades o características esenciales del producto o servicio distinguido por la marca. El signo se convierte en engañoso por la actuación de su titular o de un tercero con su consentimiento. No por su relación con otras marcas.

3. El asunto Emanuel

26. El asunto Emanuel cobra especial relevancia en el trabajo que nos ocupa debido a que es un precedente a tener presente en el asunto PMJC que comentamos, aunque los hechos difieren en cierta medida.

27. Los hechos del caso Emanuel podrían quedar resumidos en⁴⁸:

- Elisabeth Florence Emanuel fue una diseñadora inglesa muy conocida en los años 90 del pasado siglo debido a que fue quien diseñó junto con quien era su marido en aquel momento (también diseñador) el traje de novia de Lady Di⁴⁹.
- Esta diseñadora crea una empresa en el año 1990 bajo la denominación “Elisabeth Emanuel”.
- En el año 1996 la diseñadora constituye una nueva empresa con la sociedad *Hamlet International Plc*. La denominación para esta nueva sociedad es *Elisabeth Emanuel Plc* y es la que se queda con todo el fondo de comercio de la diseñadora, las solicitudes de registros de marcas y activos de la empresa que había creado la diseñadora en esos años.
- En 1997, se concede a *Hamlet International Plc*. la marca mixta, denominativa y gráfica “ELISABETH EMANUEL”.

⁴⁴ *Ibidem*, apartado 42.

⁴⁵ R. BERCOVITZ ÁLVAREZ, “El uso de una marca...”, p. 169.

⁴⁶ Sentencia de 10 de enero de 1963 del Tribunal de Grande Instance de la Seine.

⁴⁷ STJUE de 22 de octubre de 2020, C-720/18 y 721/18, *Ferrari SpA/DU*, ECLI:EU:C:2020:854, apartado 36.

⁴⁸ STJUE de 30 de marzo de 2006, C-259/04, *Elisabeth Florence Emanuel contra Continental Shelf 128 Ltd*, ECLI:EU:C:2006:215, apartados 5 a 8.

⁴⁹ Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer presentadas en el asunto Emanuel, asunto C-259/04, ECLI:EU:C:2006:50, apartados 3 y 4.

- En septiembre de 1997, la sociedad *Elisabeth Emanuel Plc* vende todos sus activos a otra sociedad *Frostprint Ltd*. Esta última cambia su denominación y pasa a ser *Elisabeth Emanuel International Ltd*. Esta sociedad contrató a la diseñadora, la señora Emanuel, para que prestara sus servicios a la empresa, aunque la relación duró pocas semanas.
- En noviembre de 1997, *Elisabeth Emanuel International Ltd*. cedió la marca registrada “ELISABETH EMANUEL” a otra sociedad, Oakridge Trading Ltd.
- En marzo de 1998, *Oakridge Trading Ltd* lleva a cabo la solicitud de la marca ELISABETH EMANUEL. En esta solicitud elimina un dibujo heráldico presente en la marca anterior y cambia la grafía de la letra.
- La señora Emanuel presenta una acción de oposición a dicha solicitud de registro y también una acción de caducidad en relación a la marca que a ella misma solicitó y que dejó de ser suya. En el marco de dichas acciones se plantean cuatro cuestiones prejudiciales al TJUE que se pueden englobar en dos:

- 1) Circunstancias en las que puede denegarse el registro de una marca por inducir al público a error a un consumidor medio cuando:
 - i. la clientela asociada a esa marca ha sido cedida junto con la empresa que fabrica los productos que llevan la marca y
 - ii. dicha marca, que corresponde al nombre del creador y primer fabricante de tales productos, ha sido anteriormente registrada con una forma gráfica distinta.
- 2) Circunstancias en las que puede declararse la caducidad de una marca por inducir al público a error cuando:
 - i. a clientela asociada a esa marca ha sido cedida junto con la empresa que fabrica los productos que llevan la marca y
 - ii. la marca se corresponde con el nombre del creador y primer fabricante de dichos productos.

28. En atención al objeto del trabajo que nos ocupa son especialmente relevantes las cuestiones relativas a la caducidad, aun así, vamos a analizar lo relativo a la imposibilidad de registro en base a la prohibición absoluta por inducir al público a error en atención al art. 3 apartado 1 letra g en aquel momento de la Directiva 89/104 (actual art. 4.1 letra g Directiva 2015/2436). Sobre este particular, el TJUE centró su atención en dos ideas:

- 1) El riesgo de confusión en el consumidor.
- 2) Engaño efectivo.

De este modo, en virtud del art. 3.1 letra g, la marca no se podría registrar si existía riesgo de confusión en el consumidor medio por inducir a error al público⁵⁰. Ese engaño que se produce en el consumidor debe ser efectivo o suficientemente grave⁵¹. Para el TJUE, establece que la denominación ELISABETH EMANUEL por sí sola no llevaría al público a error y no se debería negar su registro. El alto tribunal europeo considera que, aun cuando pudiera darse la situación de que el consumidor medio al comprar un producto que lleva una marca que coincide con el nombre y apellido de una diseñadora antes vinculada a esa empresa (pero no al momento del registro) pueda pensar que dicha diseñadora sigue vinculada en el proceso de creación no es suficiente para denegar el registro de la marca debido a que la empresa titular de la marca garantizaría las características y cualidades de las prendas designadas con dicha marca⁵². No obstante, sería el tribunal nacional el encargado de determinar si en el caso concreto existe una voluntad por parte de la empresa que registra la marca de hacer creer al consumidor

⁵⁰ STJUE de 30 de marzo de 2006, *C-259/04, Elizabeth Florence Emanuel contra Continental Shelf 128 Ltd*, ECLI:EU:C:2006:215, apartado 46.

⁵¹ *Ibidem*, apartado 47.

⁵² *Idem*, apartado 48.

que la diseñadora Elisabeth Emanuel sigue vinculada con la empresa y está involucrada en la creación de los productos⁵³. Para el TJUE, esta forma de actuar de la empresa que registra la marca se podría considerar una actuación dolosa pero no podría calificarse como engaño en el sentido del citado art. 3.1 letra g de la Primera Directiva de marcas (actual art. 4.1 letra g Directiva 2015/2436). A nuestro juicio, falta explicación de este razonamiento por parte del TJUE.

29. Respecto a la acción de caducidad, el TJUE entendió que los criterios para apreciar la caducidad de una marca por inducir a error en virtud del art. 12.2 letra b de la Primera Directiva de marcas son los mismos que en el caso de la denegación de registro. Así, por el hecho de que una marca que se corresponde con el nombre y apellido de su titular originario haya sido cedida al igual que su clientela y éste ya no forme parte de la empresa no implica que por esa particularidad la marca deba caducar por inducir a error al público⁵⁴.

30. Desde nuestro punto de vista, hubiera sido deseable una mayor profundización del TJUE en sus razonamientos. No obstante, entendemos la perspectiva desde el derecho de marcas. El hecho de que el vínculo entre titular de una marca patronímica y el creador/diseñador originario se haya roto por sí solo no implica que la marca caduque por inducir al público debido a que la función esencial de la marca (la indicación del origen) se seguía cumpliendo por el nuevo titular del signo.

Además, no hay que perder de vista que una marca es un bien intangible sujeto al tráfico económico y que se puede comercializar como cualquier bien material más. Por una marca se puede llegar a pagar importantes cuantías económicas, ya que, en muchas ocasiones, un signo distintivo es más valioso que un bien inmueble u otros activos de una empresa. Así, en el asunto *Emanuel* el hecho de que corresponda con el apellido de su creador originario no implica *per se* que la marca induzca a error y que deba ser objeto de caducidad. Esta perspectiva ayuda a que la marca consolide esa posición de bien transferible, de hecho, si no fuera así, las empresas dispuestas a comprar se lo pensarían dos veces, ya que si al poco tiempo el titular originario puede conseguir que la marca caduque después de pagar importantes sumas de dinero por ella, la operación para el nuevo comprador no es muy lucrativa, pero sí, y mucho, para ese diseñador, que ha recibido una buena suma por la venta de su marca y además, después de la transacción puede seguir utilizando un signo igual o similar como si esa venta de la marca no hubiera tenido lugar. No hay que olvidar que la compra de una marca de un diseñador que coincide con su nombre y/o apellido es atractiva para un tercero por lo conocida que es, si no lo fuera, tendría menos atractivo, y por supuesto, menos valor.

4. El asunto Elio Fiorucci

31. Unos hechos similares y a un resultado similar se llegó en el asunto *Elio Fiorucci*. En este caso, Elio Fiorucci, diseñador italiano conocido en los años 70 y 80 tiene que vender su empresa y con ella sus marcas (en particular, la marca denominativa FIORUCCI) y demás derechos de propiedad industrial a una sociedad japonesa en 1990. En el año 1997 la empresa japonesa registra una marca denominativa de la UE (en aquel entonces comunitaria) ante la OAMI (hoy EUIPO) que era ELIO FIORUCCI. Años después, en el año 2003, Elio Fiorucci plantea una acción de nulidad y de caducidad ante la OAMI. El diseñador considera que el público puede llegar a error al ver productos de moda con su nombre sin que él esté vinculado con la empresa que los fabrica y dueña de la marca. La División de Anulación estima la acción de nulidad en virtud del art. 8.3 del Código de Propiedad Intelectual Italiano sin entrar a analizar los motivos en los que se basaba la acción de caducidad. Este precepto nacional italiano básicamente perseguía evitar que el nombre de una persona célebre fuera explotado con fines comerciales por terceros. Pero este precepto tenía un límite en su aplicación y es que no podía alegarse cuando la persona célebre había conseguido su fama como consecuencia del desarrollo de actividades

⁵³ *Idem*, apartado 50.

⁵⁴ *Idem*, apartado 52.

comerciales y ya había explotado su nombre previamente en un sentido comercial⁵⁵. Y para la Primera Sala de Recurso de la OAMI es lo que había sucedido en este caso.

32. Así, la Primera Sala de Recurso de la OAMI anuló la decisión de la División de Anulación considerando que no concurrían los motivos previstos en el Derecho nacional italiano para anular la marca ELIO FIORUCCI.

33. El TGUE en su sentencia de 14 de mayo de 2009⁵⁶ anuló la decisión de la Sala de Recurso dando lugar a que la marca Elio Fiorucci no se anulara ni caducara. El TGUE acepta un razonamiento jurídico similar al estimando en el asunto *Emanuel*. Así, para el TGUE de la mera identidad entre una marca y un patronímico no puede deducirse que el público interesado piense que la persona cuyo patronímico constituye la marca ha diseñado los productos que la llevan⁵⁷. De hecho, se señala “*que el uso de marcas compuestas por un patronímico es una práctica difundida en todos los sectores comerciales y el público interesado sabe muy bien que detrás de cada marca patronímica no se esconde obligatoriamente un diseñador del mismo nombre*”⁵⁸.

En relación a la caducidad de la marca, el TGUE hace suyas las conclusiones a las que se llegan en el asunto *Emanuel*. Así, considera que en atención al art. 12.2 letra b de la Primera Directiva de marcas, no se podría estimar tal pretensión por el hecho de que la marca se corresponda con el nombre del creador y primer fabricante de los productos por inducir al público por esa única particularidad (la correspondencia) cuando la clientela asociada a esa marca ha sido cedida junto con la empresa del fabricante. La conclusión es que de estos hechos no se puede deducir un engaño efectivo o un riesgo suficientemente grave de engaño al consumidor medio⁵⁹.

Un aspecto importante que no se debe pasar por alto y que TGUE destaca en este asunto es que, quien alega caducidad por un uso engañoso de su titular debe probar debidamente ese uso engañoso de la marca tras el registro, no es suficiente con meras alegaciones⁶⁰. En este asunto, el TGUE desestimó la pretensión de caducidad de una marca que consistía en el apellido de un diseñador no porque dicho uso no pudiera ser engañoso y susceptible de provocar la caducidad de la marca, sino porque no se había aportado prueba del uso de la marca tras su registro. De hecho, en el asunto que comentamos, el Abogado General le da importancia a la prueba⁶¹.

V. La respuesta del TJUE en su sentencia de 18 de diciembre de 2025

1. La solución a una cuestión preliminar

34. El TJUE comienza la sentencia resolviendo una cuestión preliminar. Esta básicamente aludía a si la norma que debía resolver el asunto debería ser la Directiva de marcas anterior a la actual, es decir, la Directiva 2008/95⁶², y en particular su art. 12.2, o si el precepto a tener presente debía ser el art. 20, letra b, de la Directiva actual de marca, la Directiva 2015/2426.

El alto tribunal europeo considera que aplicar una Directiva u otra desde un punto de vista tanto temporal como material es irrelevante⁶³. En particular, entiende que el contenido es idéntico en las dos Directivas. Sin embargo, la consulta del tribunal francés que remite la cuestión prejudicial sobre qué

⁵⁵ STGUE de 14 de mayo de 2009, *Elio Fiorucci*, T-165/06, ECLI:EU:T:2009:157, apartado 11.

⁵⁶ STGUE de 14 de mayo de 2009, *Elio Fiorucci*, T-165/06, ECLI:EU:T:2009:157.

⁵⁷ *Ibidem*, apartado 30.

⁵⁸ STGUE de 14 de mayo de 2009, *Elio Fiorucci*, T-165/06, ECLI:EU:T:2009:157, apartado 30.

⁵⁹ *Ibidem*, apartados 33 y 35.

⁶⁰ STGUE de 14 de mayo de 2009, *Elio Fiorucci*, T-165/06, ECLI:EU:T:2009:157, apartado 37.

⁶¹ Conclusiones del Abogado General Sr. Nicholas Emiliou presentadas el 27 de marzo de 2025, PMJC SAS contra [W] [X],[M] [X],[X] Créative SAS Asunto C-168/24, ECLI:EU:C:2025:221, apartado 89.

⁶² DOUE núm. 299, de 8 de noviembre de 2008.

⁶³ STJUE de 18 de diciembre de 2025, C-168/24, PMJC SAS contra [W] [X] y otros, ECLI:EU:C:2025:986, apartados 26 y 27.

Directiva aplicar al asunto es consecuencia de que la versión francesa de la Directiva 2008/95 y la actual Directiva 2015/2536 no son idénticas⁶⁴.

Sin embargo, el TJUE considera, siguiendo lo que ya estableció el Abogado General en sus Conclusiones⁶⁵, que esa ligera variación en la versión francesa, siendo inexistente prácticamente en el resto de lenguas, no altera el grado de probabilidad de que el público sea inducido a error⁶⁶. El TJUE considera que el legislador europeo no tenía intención de modificar el precepto cuando se redactó la actual Directiva de marcas. Además, recuerda que el Derecho de la Unión debe interpretarse de forma uniforme a la luz de las diferentes versiones lingüísticas de los textos y este asunto no es una excepción⁶⁷.

El TJUE no se decide por ninguno de los dos preceptos (art. 12.2 Directiva 2008/94 o art. 20, letra b, Directiva 2015/2436) a la hora de resolver el asunto y ofrece su respuesta apoyándose en ambos a la vez debido a la consideración de que son normas idénticas.

2. La solución a la cuestión de fondo

35. El TJUE debe responder si el art. 12.2 Directiva 2008/94/ art. 20, letra b, Directiva 2015/2436 se oponen a que se declare la caducidad de una marca que coincide con el apellido de su titular originario (diseñador de moda) cuando su titular actual o un tercero con su consentimiento usen la marca de tal forma que puedan hacer creer de manera efectiva que el diseñador sigue vinculado con los productos que llevan esa marca.

36. El punto de partida del TJUE es que la lista de motivos que pueden dar lugar a que una marca sea engañosa y que se recogen expresamente en los arts. 12.2 Directiva 2008/94/ art. 20, letra b, Directiva 2015/2436 (la naturaleza, la calidad o el origen geográfico) no son exhaustivos⁶⁸. Por lo tanto, una marca podría caducar por el hecho de que el consumidor pudiera ser inducido a engaño en relación a la persona que está detrás de la concepción de los productos que la marca designa. De hecho, el TJUE recoge el término “autoría estilística” para señalar que esa “autoría estilística” al igual que los otros motivos de caducidad que se recogen de forma expresa en las citadas normas puede constituir un motivo de caducidad por inducir al público relevante a error. El alto tribunal europeo no define qué debe entenderse por “autoría estilística” pero entendemos que se trata del origen en el diseño del producto, en su concepción creativa, en definitiva. Ese origen o concepción crea, en muchas ocasiones en moda, un estilo creativo peculiar o particular que ha ido desarrollando un diseñador. Lo que hace el TJUE es interpretar de forma amplia el término “origen”. Así, con esta sentencia podemos afirmar que en materia marcaria no sólo se puede apreciar el “origen geográfico” de un producto o el “origen empresarial”, ahora también el “origen o autoría estilística”⁶⁹.

En la sentencia objeto de comentario no aparece expresamente el nombre del diseñador inmerso en la disputa con PMJC pero, como ya hemos señalado anteriormente, es Jean Charles de Castelbajac. Este diseñador francés fue conocido sobre todo en los años 90 por un estilo peculiar y reconocible. Este diseñador tiene una autoría estilística propia y muy característica. Tanto es así que ostenta derechos de autor de algunas de sus creaciones conforme al derecho francés. Ejemplos en la industria moda sobre qué se puede entender por “autoría estilística” hay muchos, pero uno de ellos y relacionado con el mer-

⁶⁴ En la versión francesa, el artículo 12, apartado 2, letra b), de la Directiva 2008/95 establecía que podrá ser declarada la caducidad de una marca que sea capaz de inducir al público a error («est propre [...] à induire le public en erreur»), mientras que el artículo 20, letra b), de la Directiva 2015/2436 dispone, también en francés, que podrá ser declarada la caducidad de una marca que pueda inducir al público a error («risque [...] d'induire le public en erreur»).

⁶⁵ Conclusiones el Abogado General Sr. Nicholas Emiliou de 27 de marzo de 2025, PMJC SAS contra [W] [X],[M] [X],[X] Créative SAS Asunto C-168/24, ECLI:EU:C:2025:221, apartado 64.

⁶⁶ STJUE de 18 de diciembre de 2025, C-168/24, PMJC SAS contra [W] [X] y otros, ECLI:EU:C:2025:986, apartado 29.

⁶⁷ *Ibidem*, apartado 30.

⁶⁸ STJUE de 18 de diciembre de 2025, C-168/24, PMJC SAS contra [W] [X] y otros, ECLI:EU:C:2025:986, apartado 34.

⁶⁹ Ya hacía referencia al mismo también el Abogado General del asunto en sus Conclusiones. *Vid.* Conclusiones del Abogado General sr. Nicholas Emiliou presentadas el 27 de marzo de 2025,

PMJC SAS contra [W] [X],[M] [X],[X] Créative SAS Asunto C-168/24, ECLI:EU:C:2025:221, apartado 78.

cado español de moda puede ser el de la diseñadora Ágata Ruiz de la Prada. Esos corazones, esos colores y ese estilo pueden conformar esa autoría estilística que menciona el TJUE.

No obstante, el TJUE, aunque señala que “la autoría estilística” puede ser un motivo de caducidad, repite uno de los razonamientos del asunto *Emanuel*⁷⁰. Así, por el mero hecho de que el titular actual de la marca y el titular anterior y creador originario ya no mantengan relación alguna no significa por sí solo que la marca deba caducar⁷¹. Y es lógico. Por esa falta de vínculo un consumidor medio, normalmente informado y perspicaz, no tiene por qué sufrir un engaño, ya que, el consumidor medio se entiende que es consciente de que no todos los productos que llevan una marca que se corresponde con el apellido de un creador han sido concebidos necesariamente por el mismo.

De este modo, la clave está en lograr probar un engaño efectivo o un riesgo de engaño lo suficientemente grave en el consumidor medio⁷². Las circunstancias del caso concreto serán relevantes⁷³, pero se deben concurrir elementos extras que permitan probar que el consumidor medio ha sido engañado o es probable que sea engañado.

Ahora es cuando abordamos lo interesante y novedoso de esta sentencia que comentamos⁷⁴ y que actuales titulares de marcas que han comprado signos distintivos a sus diseñadores originarios deberían tener en cuenta, y es que, infringir derechos de autor reconocidos a favor del diseñador por haber incluido en los productos que comercializa elementos del universo estilístico de ese diseñador⁷⁵, puede constituir perfectamente un motivo de engaño que implique la caducidad de la marca. El objetivo es evitar que la competencia se falsee y el consumidor no pueda elegir los productos en base a decisiones libres y sin engaños.

37. Así, los magistrados del TJUE responden a la cuestión prejudicial señalando que el art. 12. 2, letra b), Directiva 2008/95/ el art. 20, letra b), Directiva 2015/2436 deben interpretarse en el sentido de que una marca que coincide con el apellido de un creador de moda puede caducar por inducir a error si en atención a las circunstancias relevantes del caso concreto, el titular actual de esa marca con el uso que realiza puede tener como consecuencia que dicha marca induzca al consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, a creer de forma errónea, que el creador originario participó en la concepción de los productos que llevan la marca.

VI. Reflexiones finales

38. En la industria de la moda y especialmente en la del lujo, muchos consumidores compran los productos de esa marca por el diseñador o director creativo que creen que está detrás de la concepción o creación de ese producto. Pero si esa expectativa se manipula por un titular de una marca, haciendo creer al consumidor que un diseñador sigue vinculado con esa marca cuando no es así, la consecuencia jurídica se ha expuesto por el TJUE de forma clara: la marca puede caducar en atención al art. 12. 2, letra b), Directiva 2008/95/ el art. 20, letra b), Directiva 2015/2436.

39. Esta sentencia aclara y matiza aspectos que no estaban claros⁷⁶. Los pocos casos que existían [*Emanuel* (resuelto por el TJUE en el año 2006) y *Elio Fiorucci* (resuelto por el TGUE en el año 2009)]

⁷⁰ STJUE de 30 de marzo de 2006, *Emanuel*, C-259/04, ECLI:EU:2006:215, apartado 52.

⁷¹ STJUE de 18 de diciembre de 2025, C-168/24, PMJC SAS contra [W] [X] y otros, ECLI:EU:C:2025:986, apartado 36.

⁷² *Ibidem*, apartado 37.

⁷³ *Idem*, apartado 40.

⁷⁴ STJUE de 18 de diciembre de 2025, C-168/24, PMJC SAS contra [W] [X] y otros, ECLI:EU:C:2025:986, apartado 40.

⁷⁵ Este particular ya lo señaló en sus Conclusiones el Abogado General Sr. Nicholas Emiliou de 27 de marzo de 2025, PMJC SAS contra [W] [X], [M] [X], [X] Créative SAS Asunto C-168/24, ECLI:EU:C:2025:221, apartado 95.

⁷⁶ No obstante, todavía quedan algunos relevantes por resolver como qué grado de impacto es necesario para que el público relevante sea engañado o se considere que existe riesgo de engaño o si todo el público relevante se debe considerar engañado o en riesgo de engaño o solo una parte insignificante del mismo. Estas cuestiones son apuntadas por M.PENSEL, When does a designer's name become deceptive? CJEU weighs in in PMJC, *The IPKat*, disponible en <https://ipkitten.blogspot.com/2025/12/when-does-designers-name-become.html> (consultado el 7 de enero de 2026).

dejaban cuestiones por resolver y las Conclusiones del Abogado General como la sentencia del TJUE abordan y resuelven algunos de ellos.

40. Como ya se ha señalado, en este asunto se confirma lo dispuesto en *Emanuel*. Es decir, la mera ruptura del vínculo entre el titular de una marca y su creador originario no implica que la marca tenga que caducar. Por tanto, es necesario apreciar en el caso concreto, qué elementos más junto con esa ruptura de vínculo podrían existir para se pudiera considerar que el signo se ha convertido en engañoso. Si hay ruptura de vínculo, pero el titular originario puede seguir manteniendo la función esencial de la marca, que es la indicación del origen empresarial de los productos o servicios que designa, no habría motivo en el que basar la caducidad.

41. No obstante, lo interesante de la sentencia es que se señala un elemento extra a tener en cuenta junto con la ruptura del vínculo. Ese elemento que podría probar engaño al consumidor está relacionado con ese concepto amplio de origen que ofrece el TJUE al hacer mención al término autoría estilística. De este modo, si el titular de la marca copia elementos estilísticos del universo del diseñador en los productos que comercializa con la marca y ese uso puede implicar la infracción de derechos de autor del diseñador se podría considerar que ese engaño efectivo o riesgo de que exista el mismo tiene lugar.

42. De este modo, esta sentencia del TJUE de 18 de diciembre de 2025 nos lleva a plantearnos dos cuestiones:

- i ¿Qué implicaciones podemos extraer de esta sentencia para la práctica en un mercado tan cambiante y competitivo como es de la moda?
- ii ¿Se podría extrapolar lo dispuesto en la misma a otros sectores como la pintura o la arquitectura?

En relación a la primera pregunta, los nuevos titulares de signos distintivos que coinciden con el nombre de un creador conocido deben hacer un uso honesto de la marca. Es decir, deben evitar hacer campañas publicitarias o comunicaciones en las que se pueda entender que el director creativo originario/titular originario de una marca sigue vinculado con la empresa y sus creaciones, cuando no es así.

Tras esta sentencia una prueba fehaciente que demuestre que el titular envía mensajes al público intentando mantener el vínculo roto y que puede existir un riesgo de error para el público, podría implicar que la marca caducara. Además, el propio TJUE lo deja bastante claro en la sentencia objeto de comentario, un engaño efectivo puede tener lugar y propiciar la caducidad de una marca, en atención a las circunstancias del caso concreto, cuando el titular actual de la marca infringe derechos de autor reconocidos a favor del creador/diseñador originario. Esta infracción de derechos de autor tiene un objetivo claro vincular los productos designados con la marca con el universo creativo de un creador que ya no pertenece a dicha marca. Esta actuación del titular de la marca puede considerarse un engaño efectivo o riesgo efectivo para el consumidor medio.

Por lo que los titulares de las marcas deben evitar imitar, copiar o generar un riesgo de asociación con el estilo de ese diseñador. Especialmente se debería poner especial cuidado en evitar infringir diseños protegidos por derechos de autor u otros derechos de propiedad industrial como pueden ser marcas tridimensionales o diseños industriales, ya que estas infracciones pueden implicar que se considere que existe engaño efectivo al consumidor y la marca caduque.

Hemos valorado la sentencia desde la posición del titular de la marca, pero qué deberían tener presente los diseñadores o directivos creativos. La idea principal que deberían tener en cuenta es que el nuevo titular no puede usar la marca que ha adquirido sin límites. No puede engañar al consumidor haciendo creer que el diseñador sigue vinculado con una marca cuando no es así. El diseñador, si ha vendido su empresa y con ella sus marcas, puede verificar cómo está usando el nuevo titular las mismas en el mercado. Además, el diseñador puede oponerse a que exploten y se beneficien de su reputación imitando sin consentimiento su estilo en los productos que comercializa el nuevo titular. Especialmente

esa oposición del diseñador al uso que hace el titular de la marca puede ser más fructífera si con ese uso le infringen derechos de autor.

En relación a la segunda cuestión que nos planteábamos, la respuesta es sí. Esta decisión del TJUE es aplicable perfectamente a otras industrias o campos como la de arquitectura o el arte.

Por lo tanto, en atención a la pregunta que nos planteábamos en el título del presente trabajo (¿Todo vale para hacer creer al público que el diseñador sigue teniendo vinculación con la marca que se corresponde con su apellido?), la respuesta del TJUE, y que compartimos, es no. Todo no vale. No se puede copiar el origen creativo de un creador para seguir manteniendo un vínculo roto, ya que, si se hace, el titular de una marca puede que la pierda por engañar al consumidor. No obstante, la última palabra sobre este asunto la tiene el Tribunal de Casación francés, estaremos expectantes para ver si las marcas en ciernes sobreviven o acaban caducando.

De la validité des clauses attributives de juridiction asymétriques

The Validity of Asymmetric Choice-of-Court Clauses

CÉDRIC LATIL

Docteur en Droit

Maître de conférences à l'Université Pasteur de Franche-Comté

Recibido: 12.01.2026 / Aceptado :16.02.2026

DOI: 10.20318/cdt.2026.10285

Résumé: La Cour de cassation française a considéré dans un arrêt du 17 septembre 2025 que la clause attributive de juridiction asymétrique permettant à une partie de saisir « tout autre tribunal compétent » stipulée dans un contrat ne présentant aucun lien objectif de rattachement avec un État tiers n'appartenant pas à l'Union européenne et n'étant pas partie à la Convention de Lugano II doit être interprétée comme un renvoi aux règles de compétence du règlement « Bruxelles I bis » de sorte qu'elle satisfait à l'exigence de précision découlant de l'article 25 de ce texte.

Mots-clés: Cour de cassation française – Conflits de juridictions – Compétence – Règlement Bruxelles I bis – Clauses attributives de juridiction asymétriques – Exigence de précision – Lien de rattachement .

Abstract: In a decision of 17 September 2025, the French *Cour de cassation* held that an asymmetric choice-of-court clause allowing one party to bring proceedings before “any other competent court”, as stipulated in a contract having no objective connecting factor with a third State that is neither a Member State of the European Union nor a party to the Lugano II Convention, must be interpreted as a reference to the jurisdictional rules of the Brussels I bis Regulation. Accordingly, the clause satisfies the requirement of certainty laid down in Article 25 of that Regulation.

Keywords: French *Cour de cassation* – Conflicts of jurisdiction – Jurisdiction – Brussels I bis Regulation – Asymmetric choice-of-court clauses – Requirement of certainty – Connecting factor.

Index: I. Le contexte : un renvoi préjudiciel concernant la validité des clauses asymétriques.

II. La solution : la mise en œuvre des critères de validité des clauses asymétriques.

1. Le contentieux privé international est depuis quelques années nourri par les clauses attributives de juridiction dites « asymétriques »¹. Ces stipulations particulières consistent à faire bénéficier une partie d'une option lui permettant d'agir devant plusieurs juridictions tandis que l'autre est contrainte d'agir devant une seule juridiction. Celles-ci ont donné lieu à une jurisprudence abondante de la Cour

¹ Sur lesquelles v. not. J.-B. RACINE « Les clauses d'élection de for asymétriques », in *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l'honneur de Bertrand Ancel*, LGDJ-Iprolex, 2018, p. 1323 ; F. MAILHÉ, « Les clauses attributives de compétence asymétriques dans les relations d'affaires », RDAI 2018, p. 422 ; M. LAZOUZI (dir.), *Les clauses attributives de juridiction : de la prévisibilité au désordre*, Panthéon-Assas, 2021 ; N. K. Okay, *Les clauses hybrides de règlement des litiges en droit international*, PUAM, 2024, préf. C. Kleiner.

de cassation française² et suscité un certain nombre d'interrogations quant à leur validité sous l'empire du règlement (UE) n°1215/2012 du 12 décembre 2012 sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (« Bruxelles I bis »). Un cap a cependant été récemment franchi : la Cour de justice de l'Union européenne a en effet été amenée à apporter des précisions quant à l'appréciation de la validité de telles clauses dans un arrêt du 27 février 2025³ rendu dans le cadre d'une affaire *Lastre* qui faisait suite à un renvoi préjudiciel de la Cour de cassation française. Celle-ci a ensuite voulu tirer les leçons de la décision de la juridiction de Luxembourg en rendant une série d'arrêts⁴. Celui qui est à l'origine du renvoi préjudiciel mérite assurément de retenir l'attention⁵. Pour ce faire, il convient tout d'abord de revenir sur le contexte dans lequel celui-ci a été rendu (I) pour ensuite examiner la solution qu'il consacre (II).

I. Le contexte : un renvoi préjudiciel concernant la validité des clauses asymétriques

2. C'est un litige de construction qui est à l'origine de l'arrêt sous commentaire. Celui-ci était tout à fait banal et il a pourtant donné lieu à un contentieux international porté à la connaissance tant de la Cour de cassation française que de la Cour de justice. Il convient dès lors de revenir brièvement sur les faits et la procédure ayant conduit à cette décision.

3. En l'espèce, des particuliers avaient confié à un entrepreneur une mission de maîtrise d'œuvre portant sur la construction d'une maison en France. Le lot de bardage fut réalisé par une société de droit français JPG exerçant une activité de charpente, celui-ci ayant été acquis auprès d'une autre société de droit français Agora qui s'était elle-même fournie auprès d'une société de droit italien Società Italiana Lastre. Les conditions générales de vente de cette dernière comportaient une clause attributive de juridiction figurant à l'article 13 aux termes de laquelle : « La compétence du tribunal de Brescia (Italie) s'appliquera à tout litige qui surgirait de présent contrat ou qui aurait un rapport avec ce dernier. Società Italiana Lastre se réserve la faculté de procéder à l'égard de l'acheteur devant un autre tribunal compétent en Italie ou à l'étranger ». Il s'agissait ainsi d'une clause attributive de juridiction dite « asymétrique ». Par la suite, les particuliers se sont plaints de désordres. Ce qui les a conduits à assigner l'ensemble des locataires d'ouvrages et fournisseurs devant le Tribunal de grande instance de Rennes aux fins d'obtenir la réparation de leurs préjudices. La société de droit italien a alors soulevé une exception d'incompétence à l'encontre de la demande en garantie de la société de droit français Agora. Celle-ci fut rejetée par le juge de la mise en état. La société de droit italien interjeta alors appel de cette décision, en invoquant à nouveau la clause attributive de juridiction.

4. La Cour d'appel de Rennes⁶ confirma cependant la décision de première instance. Selon les juges du fond, une telle clause qui offrait à la société de droit italien un plus grand choix de juridictions à saisir qu'à l'acquéreur sans préciser les éléments objets sur lesquels les parties se sont mises d'accord

² En droit français, v. le premier arrêt de cette série jurisprudentielle : Cass. 1^{re} civ., 26 sept. 2012, *Banque de Rothschild*, n° 11-26.022 : D. 2012, p. 2876, note D. MARTEL et p. 2301, obs. L. d'AVOUT ; JCP G. 2013, 105, note L. DEGOS et D. AKCHOTI ; Rev. crit. DIP 2013, p. 256, note D. BUREAU ; JDI 2013, p. 175, note C. BRIÈRE ; Journal des Tribunaux, 28 févr. 2013, p. 7, note P. ANCEL et G. CUNIBERTI ; RDC 2013, p. 565, obs. J. KLEIN et p. 661, obs. J.-B. RACINE.

³ CJUE, 27 févr. 2025, aff. C-537/23, *Società Italiana Lastre SpA (SIL) c/Agora SARL* : D. 2025, p. 871, note N. K. OKAY ; RLDC 2025, n°239-9, p. 21, obs. P. GONDARD.

⁴ Cass. 1^{re} civ., 17 sept. 2025, n°23-18.785 ; Cass. 1^{re} civ., 17 sept. 2025, n°23-16.150 ; Cass. 1^{re} civ., 17 sept. 2025, n° 22-24.034.

⁵ Cass. 1^{re} civ., 17 sept. 2025, n°22-12.965 : sur lequel v. not. P. Gondard, « Admission des clauses attributives de juridiction asymétriques : la Cour de cassation va plus loin que la Cour de justice de l'Union européenne », *Gaz. Pal.*, 28 oct. 2025, n°35, p. 25 ; sur l'ensemble de ces arrêts rendus le même jour v. également G. Pascaud, « Échos de la pratique. – 3 questions. – Clauses attributives de juridictions asymétriques : la Cour de cassation interprète à sa manière les conditions posées par la CJUE », *JCP E.* 2025, 1002 ; D. Sindrès, « Énième chapitre d'une histoire sans fin : celle des clauses attributives de compétence asymétriques » : D. 2025, 1954.

⁶ CA Rennes, 4 nov. 2021, n° RG 21/02278

pour identifier la juridiction qui pourrait être saisie conférerait une option discrétionnaire au profit d'un seul contractant contraire à l'objectif de prévisibilité auxquelles les clauses d'élection du for doivent satisfaire. Cette stipulation était donc selon la juridiction d'appel illicite. Ce qui conduisit la société de droit italien à former un pourvoi en cassation. Dans les moyens qu'elle développa celle-ci fit notamment valoir que selon l'article 25, § 1 du règlement « Bruxelles I bis », la validité de la clause attributive de juridiction s'apprécie selon le droit de l'État dont les juridictions sont désignées par ladite clause ; celle-ci désignant le tribunal de Brescia en Italie, cette stipulation devait être appréciée s'agissant de sa validité au regard non pas du droit français, mais du droit italien.

5. Or, la Cour de cassation a éprouvé des doutes quant à la solution à adopter. La difficulté tenait selon cette dernière à la portée du renvoi au droit national par l'article 25, § 1 du règlement « Bruxelles I bis » en présence d'une clause asymétrique offrant à une seule des parties la possibilité d'opter pour une juridiction de son choix : si le caractère illicite de cette clause est invoqué en raison de son imprécision et/ou de son caractère déséquilibré, faut-il trancher la question au regard des règles autonomes du règlement « Bruxelles I bis » et l'objectif de prévisibilité et de sécurité poursuivi par ce texte ou bien selon le droit national de l'État membre désigné par la clause ?

6. Par un arrêt du 13 avril 2023⁷, la Haute juridiction française a donc sursis à statuer afin d'interroger la Cour de justice de l'Union européenne dans le cadre d'un renvoi préjudiciel. Pour l'essentiel, les questions posées peuvent se résumer ainsi :

- L'imprécision ou le caractère déséquilibré de la clause devait-il être apprécié au regard des règles autonomes de l'article 25, § 1 du règlement « Bruxelles I bis » et de l'objectif de prévisibilité et de sécurité juridique ou des conditions de validité au fond relevant du droit national de l'État membre dont la juridiction est désignée par la clause ; en particulier, quelles sont les causes de nullité couvertes par cette notion de validité au fond ?
- Dans l'hypothèse où il convient de se référer aux règles autonomes de source européenne, les clauses asymétriques sont-elles admises par celles-ci ?
- Dans l'hypothèse où une telle appréciation relève d'une condition de fond, comment interpréter le renvoi au droit national de l'État membre de la juridiction désignée par la clause lorsque plusieurs juridictions sont désignées ou lorsque celle-ci confère une option à une seule partie ? Un tel renvoi doit-il s'entendre comme un renvoi vers les règles matérielles de l'État membre ou ses règles de conflit de lois ?

7. La Cour de justice a apporté des réponses dans un important arrêt du 27 février 2025⁸. S'agissant du point consistant à déterminer si le caractère déséquilibré d'une clause asymétrique doit être apprécié selon le droit national applicable aux causes de nullité au fond ou des règles autonomes qui se dégagent de l'article 25 règlement « Bruxelles I bis », la juridiction de Luxembourg se prononce en faveur de la seconde solution. Selon cette dernière, celle-ci s'impose au motif que le déséquilibre est d'ores et déjà pris en considération par les règles de compétence protectrices des parties faibles figurant dans le texte européen dans le contexte des contrats d'assurance, de travail et de consommation. Ce qui conduit ensuite la Cour de justice à poser des conditions cumulatives de validité au fond des clauses asymétriques :

- 1) Les clauses doivent uniquement désigner les juridictions d'un ou plusieurs États membres ou des États parties à la Convention de Lugano du 30 octobre 2007 concernant la compé-

⁷ Cass. 1^{er} civ., 13 avr. 2023, n°22-12.965 : JCP G 2023, 531 obs. F. MAILHÉ.

⁸ CJUE, 27 févr. 2025, *Società Italiana Lastre c/Società Agora*, aff. C-537/23 : D. 2025, p. 871 note N. K. OKAY, p. 915, obs. F. JAULT-SESEKE et p. 1698, obs. A. GRIDEL ; *Rev. crit. DIP* 2025, p. 395, note D. BUREAU ; *RTD civ.* 2025, p. 292, obs. F. MARCHADIER ; *RTD com.* 2025, p. 547, obs. A. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST ; *RDBF* mars 2025, p. 16, obs. C. KLEINER ; *Procédures* 2025, comm. 29, obs. C. NOURISSAT ; *JCP G.* 2025, p. 950, obs. L. LARRIBÈRE.

tence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale dite « Lugano II », et non des États tiers. S'agissant de cette condition, la Cour de justice renvoie au juge national le soin d'interpréter la clause afin, le cas échéant, de lui faire produire un effet utile, conformément à l'autonomie de la volonté des parties mentionnée au considérant 19 du règlement « Bruxelles I bis »⁹.

- 2) Les clauses doivent respecter les règles relatives aux compétences exclusives et protectrices de certaines parties faibles.
- 3) C'est dans un tel contexte que la Cour de cassation française a été, à nouveau, amenée à se prononcer dans cette affaire et à rendre ainsi l'arrêt rapporté faisant ainsi application de la solution consacrée par la Cour de justice de l'Union européenne.

II. La solution : la mise en œuvre des critères de validité des clauses asymétriques

9. La Haute juridiction française estime pour l'essentiel que la clause attribuant compétence au tribunal de Brescia tout en conférant une option à la seule société de droit italien lui permettant de saisir toute juridiction en Italie ou à l'étranger est valable. Pour parvenir à cette solution, celle-ci examine si la stipulation litigieuse satisfait aux critères découlant de l'article 25 du règlement « Bruxelles I bis » tels qu'ils ont été posés par la juridiction de Luxembourg auxquels elle fait expressément référence¹⁰.

10. C'est ainsi que la Cour de cassation examine en premier lieu si la clause ne présente pas un caractère déséquilibré dans le sens où elle méconnaît une règle de compétence exclusive ou une règle de compétence protectrice d'une partie faible du règlement « Bruxelles I bis »¹¹. À dire vrai, il n'y avait aucune difficulté sur ce point : le contrat avait été conclu entre deux sociétés et le litige ne portait pas sur une matière pour laquelle il existe une compétence exclusive comme la matière des droits réels immobiliers.

11. En second lieu, la Haute juridiction française traite de l'exigence selon laquelle la clause attributive de juridiction doit présenter un caractère suffisamment précis¹². À cet égard, celle-ci rappelle que la Cour de justice a précisé que les termes « sont convenus » figurant à l'article 25, § 1 du règlement « Bruxelles I bis » ne sauraient être interprétés en ce sens qu'ils exigent que la formulation d'une clause attributive de juridiction permette nécessairement d'identifier la juridiction compétente. En réalité, cette stipulation doit, pour être valable, identifier, de manière suffisamment précise, les éléments objectifs sur lesquels les parties se sont mises d'accord pour désigner la juridiction ou les juridictions auxquelles elles entendent soumettre leurs différends. Que faut-il comprendre ? À dire vrai, il est au moins nécessaire que les termes stipulés au sein de la clause attributive de juridiction conférant une option à l'une des parties permettent à son contractant, au jour du litige, de déterminer les juridictions devant lesquelles il pourrait être attiré. Cette exigence n'est pas nouvelle en ce qu'elle avait été d'ores et déjà consacrée dans l'arrêt *Coreck Maritime* rendu par la Cour de justice le 9 novembre 2000¹³ où il avait été question de déterminer si une clause attributive de juridiction figurant dans un connaissance était valable et opposable aux tiers. Il s'agit là d'une exigence de sécurité juridique qui vaut pour tout accord contractuel¹⁴. Il n'est cependant pas certain qu'une telle condition puisse contribuer à assurer une prévisibilité.

⁹ CJUE, 27 févr. 2025 préc., pt. 15.

¹⁰ Cass. 1^{re} civ., 17 sept. 2025, n°22-12.965 préc., pt. 13.

¹¹ Cass. 1^{re} civ., 17 sept. 2025, n°22-12.965 préc., pt. 14.

¹² V. soulignant le point selon lequel cette exigence de prévisibilité constitue une condition de base de tout accord de volontés pour éviter qu'un contractant soit livré au bon vouloir de son partenaire contractuel : J.-B. RACINE, « Les clauses d'élection de for asymétriques », in *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l'honneur de Bertrand Ancel*, LGDJ-Iprolex, 2018, p. 1323, spéc. p. 1335

¹³ CJUE, 9 nov. 2000, *Coreck Maritime*, aff. C-387/98 : *Rev. crit. DIP* 2001, p. 376, note F. BERNARD-FERTIER.

¹⁴ V. soulignant le point selon lequel cette exigence de prévisibilité constitue une condition de base de tout accord de volontés pour éviter qu'un contractant soit livré au bon vouloir de son partenaire contractuel : J.-B. RACINE, « Les clauses d'élection de for asymétriques », in *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l'honneur de Bertrand Ancel*, LGDJ-Iprolex, 2018, p. 1323, spéc. p. 1335

Dans un arrêt rendu le même jour, la Cour de cassation considère que la clause prévoyant qu'une partie aura le choix de saisir les juridictions du lieu où elle possède son siège social ou une succursale est formulée de manière à satisfaire au critère de précision¹⁵. Pourtant, une telle stipulation semble au contraire générer une incertitude. Le partenaire contractuel de la partie bénéficiant de l'option de compétence peut difficilement déterminer si son siège social n'a pas été déplacé d'un État à un autre ou si celle-ci n'a pas ouvert d'autres succursales. Dans l'arrêt rapporté, la clause désignait précisément le Tribunal de Brescia situé en Italie ce qui était suffisamment précis. Or, elle conférait une option à la société de droit italien lui permettant de saisir « tout autre tribunal compétent en Italie ou à l'étranger ». Ce qui pouvait faire difficulté au regard de l'exigence de précision ainsi qu'à celle de l'appartenance de la juridiction désignée à un État membre ou un État partie à la Convention de Lugano II.

12. Les termes n'étaient guère précis et semblaient en réalité conférer une option extrêmement large permettant à la partie concernée de saisir la juridiction tant d'un État membre que d'un État tiers dès lors que celle-ci était compétente. Il était raisonnable de penser qu'une telle stipulation ne respectait peut-être pas les conditions cumulatives découlant de l'article 25 du règlement « Bruxelles I bis ». Et pourtant la Cour de cassation française a admis la validité d'une telle clause. Celle-ci a contourné l'obstacle en estimant que : « Dans une relation contractuelle ne présentant aucun lien objectif de rattachement avec un État à la fois non membre de l'Union européenne et non partie à la convention de Lugano II, la clause permettant à l'une des parties de saisir tout autre tribunal compétent doit être interprétée comme renvoyant aux règles de compétence générales prévues (par le règlement « Bruxelles I bis) et par cette convention, de sorte qu'elle satisfait à l'exigence de précision découlant de l'article 25 (de ce) règlement »¹⁶. Puis transposant cette solution au cas d'espèce, la Cour régulatrice énonce que : « Pour confirmer l'ordonnance ayant rejeté l'exception d'incompétence territoriale, l'arrêt retient que clause donne à la société (de droit italien) un plus grand choix de juridictions à saisir qu'à la société (de droit français) sans préciser les éléments objectifs sur lesquels les parties se sont mises d'accord pour identifier la juridiction qui pourrait être saisie, qu'elle ouvre donc à la société (de droit italien) un choix discrétionnaire qui est contraire à l'objectif de prévisibilité auquel les clauses d'élection de for doivent satisfaire et qu'elle est, dès lors, illicite »¹⁷. Et la Haute juridiction de considérer que : « En statuant ainsi, dans un litige ne relevant pas des articles 15, 19, 23 ou 24 du règlement Bruxelles I bis, la Cour d'appel, qui n'a pas relevé de lien objectif de rattachement de la relation contractuelle avec un État à la fois non membre de l'Union européenne et non partie à la Convention de Lugano II, a violé le texte susvisé »¹⁸.

13. En rendant cet arrêt, la Cour de cassation reprend la solution consacrée par la Cour de justice mais en fait une application particulière. Celle-ci admet que la clause est valable dès lors que le rapport contractuel ne comporte aucun lien avec un État tiers qui n'est donc pas membre de l'Union européenne mais qui n'est pas non plus partie à la Convention de Lugano II. À dire vrai, la Haute juridiction semble avoir voulu sauver la stipulation litigieuse en lui faisant produire un effet utile afin de respecter l'autonomie de la volonté des parties. Il est vrai que cette solution était préconisée par la Cour de justice : celle-ci avait précisé qu'il revenait au juge national d'interpréter la clause afin, le cas échéant, de lui faire produire un effet utile, conformément à l'autonomie de la volonté des parties mentionnée au considérant 19 du règlement « Bruxelles I bis »¹⁹. Que faut-il retenir de cette décision ? En somme, une clause attributive de juridiction asymétrique désignant « tout tribunal compétent » et stipulée au sein d'un contrat ne présentant pas de liens avec des États tiers à l'Union européenne qui ne sont pas parties à la Convention de Lugano II est valable en ce qu'elle répond aux conditions découlant de l'article 25 du règlement « Bruxelles I bis ». Il n'est cependant pas certain qu'une telle approche soit considérée comme conforme au droit international privé européen. Il reste à attendre que la Cour de justice se prononce à nouveau. À n'en pas douter, le contentieux relatif aux clauses attributives de juridiction asymétriques est loin de se tarir.

¹⁵ Cass. 1^{er} civ., 17 sept. 2025, n°23-16.150.

¹⁶ Cass. 1^{er} civ., 17 sept. 2025, n°22-12.965 préc., pt. 19.

¹⁷ Cass. 1^{er} civ., 17 sept. 2025, n°22-12.965 préc., pt. 20.

¹⁸ Cass. 1^{er} civ., 17 sept. 2025, n°22-12.965 préc., pt. 21.

¹⁹ CJUE, 27 févr. 2025 préc., pt. 15.

La incidencia de los Derechos Fundamentales en la libre circulación de resoluciones judiciales en Europa a la luz de la reciente doctrina del TJUE: el orden público como excepción ¿nuevas reglas de juego? (STJUE, 4 oct. 2024, c-633/22)

The influence of fundamental rights on the free movement of decision in Europe in the light of the recent case law of ECJ: public policy exception new rules of the game? (CJEU 4 october 2024, c-633/22)

CLARA ISABEL CORDERO ÁLVAREZ

Profesor contratado Doctor (Acre. PTU) de Derecho internacional privado en al Facultad de Derecho.Universidad Complutense de Madrid (UCM)

Miembro del IDEIR

ORCID ID: 0000-0001-8755-4820

Recibido: 00.00.2010 / Aceptado: 00.00.2010

DOI: 10.20318/cdt.2026.10286

Resumen: La reciente Sentencia del Tribunal de Justicia, de 4 de octubre de 2024, analiza la relación entre la excepción de orden público, prevista en el instrumento de Bruselas como causa de denegación del reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, y los derechos y libertades fundamentales; en particular, la libertad de prensa consagrada en el artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ante la solicitud de ejecución de sentencia condenatoria por difamación. Esta reciente doctrina tiene una significativa relevancia práctica, por cuanto que condiciona la eficacia de determinadas decisiones extranjeras en materia civil dentro del sistema Bruselas (RBI y RBIbis), incidiendo en la libre circulación de resoluciones judiciales dentro de la UE. Partiendo de la concurrencia necesaria del recurso al orden público como límite al reconocimiento y/o ejecución de resoluciones judiciales dentro de la UE en este tipo de litigios (sentencias condenatorias por difamación), dada la presencia de derechos y libertades fundamentales en contradicción, la interpretación del alcance de esta cláusula es esencial. Esta interpretación necesariamente debe ser restringida y excepcional para no quebrar el principio de confianza mutua que opera dentro del EU para todos los Estados miembros. Esta aproximación restrictiva exige al Estado miembro requerido abordar esta causa de denegación (contemplada en el art. 45.1 letra a, del vigente RBIbis) de manera que todas las circunstancias concurrentes en el caso deban ser tenidas en cuenta, si bien con el límite expreso de no poder revisar sobre el fondo del asunto (art. 52 RBIbis). En lo general, la sentencia objeto de estudio viene a confirmar la cada vez mayor influencia del Derecho europeo en la definición y aplicación de la excepción de orden público dentro del ámbito de aplicación del Reglamento, eliminando el control de la operatividad de esta cláusula de los Estados miembros en atención de sus sistemas jurídicos individuales. En lo particular, esta resolución modifica e incide en la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras, socavando en cierta medida el principio de confianza mutua que debe operar dentro de la UE, así como la prohibición de revisión sobre el fondo del sistema Bruselas.

Palabras clave: Reconocimiento y ejecución de resoluciones, Reglamento Bruselas I-Reglamento Bruselas I bis, libre circulación de decisiones judiciales, confianza mutua, control de fondo, orden público, derechos y libertades fundamentales.

Abstract: The recent judgment of the Court of Justice of 4 October 2024 analyses the relationship between the public policy exception, provided for in the Brussels instrument as a ground for refusing recognition and enforcement of foreign decisions, and fundamental rights and freedoms, particularly the freedom of the press enshrined in Article 11 of the Charter of Fundamental Rights, in the case of an application for enforcement of a conviction for defamation. This recent doctrine has significant practical relevance, in that it conditions the effectiveness of certain foreign decisions in civil matters within the Brussels system (Brussels I Regulation-Recast), affecting the free circulation of decisions within the EU. Based on the necessary concurrence of the public policy exception as a limit to the recognition and/or enforcement of decisions within the EU in this type of litigation (convictions for defamation), given the presence of conflicting fundamental rights and freedoms, the interpretation of the scope of this clause is essential. This interpretation must necessarily be restricted and exceptional, so as not to break the principle of mutual trust that operates within the EU for all Member States. This restrictive approach requires the requested Member State to approach this ground for refusal (referred to in Article 45(1)(a) of Brussels I Regulation Recast) in such a way that all the circumstances of the case must be considered, albeit with the express limit of not being able to review the merits of the case (Article 52). In general terms, the judgment under study confirms the increasing influence of European law on the definition and application of the public policy exception within the scope of application of the Regulation, removing the control of the operability of this clause from the Member States in view of their individual legal systems. Particularly, this resolution modifies and affects the extraterritorial effectiveness of foreign decisions, undermining to some extent the principle of mutual trust that should operate within the EU, as well as the prohibition of review on the merits of the Brussels system.

Keywords: Recognition and enforcement of decisions, Brussels I Regulation-Recast, free circulation of decisions, review of the merit, public policy (ordre public), fundamental rights and freedoms.

Sumario: I. Los antecedentes de hecho y precedentes judiciales. II. Cuestiones de Derecho internacional privado europeo: reconocimiento y ejecución de decisiones en el Reglamento Bruselas I (bis). 1. Principio general de libre circulación de decisiones dentro de la UE y la confianza mutua. 2. El orden público (internacional) como principal causa de denegación: implicaciones de la concurrencia de derechos y libertades fundamentales. 3. Elementos de valoración sin revisión sobre el fondo ¿o sí? III. Conclusiones.

I. Los antecedentes de hecho y precedentes judiciales

1. El presente estudio tiene como punto de partida la reciente sentencia del TJUE, de fecha 4 de octubre de 2024¹, en relación con la interpretación y alcance de la causa de denegación de reconocimiento y ejecución “orden público” de los artículos 34, punto 1, y 45 del Reglamento Bruselas I² (en adelante, RBI), a la luz del artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, la Carta), donde se consigna la libertad de prensa junto con la de expresión como fundamental, en un supuesto de solicitud de ejecución en un Estado miembro (Francia) de sentencia de condena por difamación dictada en otro Estado miembro (España). Esta doctrina jurisprudencial es plenamente aplicable al vigente Reglamento Bruselas I bis³ (en adelante, RBIbis), por cuanto que el orden público se sigue

¹ STJUE de 4 octubre de 2024, C-633/22, *Real Madrid Club de Fútbol, AE vs. y EE, Société Éditrice du Monde SA* (ECLI:EU:C:2024:843). En adelante, Sentencia *Real Madrid Club de Fútbol*.

² Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DOUE-L-2001-80073.

³ Reglamento (UE) No 1215/2012 del Parlamento europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la com-

manteniendo como causa de denegación de reconocimiento y ejecución⁴ de conformidad con su artículo 45, apartado 1, letra a). Los hechos concretos del caso son esenciales para contextualizar el contenido de la decisión, por cuanto se refiere tanto a su *obiter dicta*, como a su *ratio decidendi*. Es importante este análisis por las consecuencias que conlleva para la futura eficacia extraterritorial de decisiones dictadas en esta materia por tribunales de Estados miembros, atendiendo al alcance de la causa “orden público” en los términos indicados por el TJUE.

2. Los hechos del asunto principal acontecen de la siguiente forma. En diciembre de 2006, el diario *Le Monde* publicó un artículo, escrito por EE, periodista de dicho medio, en el que se afirmaba que el Real Madrid Club de Fútbol (en adelante, Real Madrid) y el Fútbol Club Barcelona habían utilizado los servicios de un instigador de una red de dopaje en el mundo del ciclismo. Muchos medios de comunicación, sobre todo en España, se hicieron eco de esta publicación. Ese mismo mes, el diario *Le Monde* publicó, sin comentarios, una carta de desmentido enviada por el Real Madrid a la editorial. En mayo de 2007, el Real Madrid y el médico señalado en la publicación como promotor de la supuesta red de dopaje (AE), demandaron por difamación ante la jurisdicción española a la sociedad editora del periódico francés (*Société editrice du Monde SA*) y al periodista (EE) que firmó el artículo. Se entiende que el fundamento de la competencia de los tribunales nacionales se asentaba sobre la base de que España se configuraba como el centro principal de intereses de las víctimas⁵ -de conformidad con el art. 5.3 del RBI, aplicable en ese momento⁶, y correlativo art. 7.2 del vigente RBIBis-, sin que se hubiera impugnado dicha competencia por los demandados en ninguna fase en las instancias. El tribunal de instancia español, aplicando el Derecho nacional (art. 18 CE y LO 1/82)⁷, declaró que se trataba de un artículo difamatorio y que menoscababa la reputación de los demandantes.

Se condena a los demandados, por un lado, al pago solidario de una indemnización por daños y perjuicios por una cuantía de 300.000 euros a favor del Real Madrid y a 30.000 euros a favor del miembro del equipo médico; y por otro lado, se ordena la publicación de dicha sentencia en el diario *Le Monde* y en un periódico español. La sentencia fue confirmada en segunda instancia y el Tribunal Supremo desestimó el recurso de apelación interpuesto. En 2014, mediante dos autos, el Juzgado de Primera Instancia español condenó la ejecución de la sentencia, confirmada por el Tribunal Supremo, y el pago,

petencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición). DO L 351 de 20.12.2012.

⁴ En el que se determina la aplicación de las mismas causas de denegación para el reconocimiento que para la ejecución por remisión expresa contenida en el art. 46.

⁵ Siendo la conocida Sentencia *Shevill* la primera de las resoluciones en las que se interpreta y se adecúa el criterio de competencia del lugar del daño en el sistema Bruselas, a la vulneración de derechos de la personalidad; en particular por contenidos publicados precisamente en medio tradicional: periódico (STJCE, de 7 de marzo 1995, as. C-68/93. ECLI:EU:C:1995:61). En el asunto *Shevill* el TJ, asentó una doctrina que cada vez es más extensa y es completada por otras resoluciones posteriores. Es en la sentencia *eDate Advertising* (de 25 de octubre de 2011, as. acumulados *eDate Advertising* (C-509/09) y *Martinez y Martinez* (C-161/10), ECLI:EU:C:2011:685), donde se consagra un nuevo foro con competencia universal -como lugar de origen- para este tipo de daños: el centro principal de intereses de la víctima, que generalmente se concreta en el lugar de su domicilio. Un análisis en profundidad de las sentencias *Shevill* y *eDate Advertising*, en C. I. CORDERO ÁLVAREZ, *Litigios internacionales sobre difamación y derechos de la personalidad*, Dykinson, Madrid, 2015; Cap. II. En esta particular materia, la doctrina jurisprudencial es esencial, atendiendo al tipo de daño (no material sino moral) así como el medio en el que el supuesto daño se infringe es determinante para concretar ese lugar o lugares del daño. Vid. P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Derechos de la personalidad y reputación en medios digitales transfronterizos”. *Derecho Privado y Constitución*, 40, 2022, pp. 171-205; G. PALAO MORENO, “Competencia judicial internacional en supuestos de responsabilidad civil en Internet”, *TICs*, Navarra, 2006, pp. 275-297.

⁶ Las acciones de protección de los derechos de la personalidad están incluidas dentro de la materia extracontractual del instrumento -estatuto delictual o cuasi delictual- y, por tanto, estaban cubiertas por la regla del art. 5.3 RBI, en el momento en el que se presentó la demanda, y actualmente por la regla del art. 7.2 del RBIBis. En los términos establecidos por el TJ de manera autónoma e independiente de cualquier calificación nacional. Vid. STJUE 13 marzo 2014, as. C-548/12, *Marc Brogger v. Fabrication de Montres Normandes EURL*, DOUE C-101 (6.4.2013), que reafirma su posición doctrinal previa (véase jurisprudencia ahí citada).

⁷ Al ser España el lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven las obligaciones no contractuales (lugar del daño) de conformidad con el art. 10.9 de nuestro CC. Partiendo de la no aplicación de las reglas de conflicto unificadas del RRII (Reglamento (CE) n.º 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales), que excluye de su ámbito de aplicación las obligaciones derivadas de la vulneración de los derechos de la personalidad (art. 2.1 letra g), y por tanto la aplicabilidad del art. 10.9 CC a falta de otra regla más específica.

además del referido principal, de la cantidad de 90 000 euros al Real Madrid y de 3 000 euros a AE, en concepto de intereses y costas.

El Real Madrid solicitó la ejecución de las resoluciones españolas en Francia (Estado miembro donde los demandados, ahora ejecutados, tienen su establecimiento y domicilio). La sentencia y los autos fueron declarados ejecutivos en Francia por el Tribunal de *Grande Instance* de París (Tribunal de Primera Instancia de París). Sin embargo, la *Cour d'appel* de París (Tribunal de Apelación de París), en 2020, revocó dichas declaraciones, alegando que la ejecución de las resoluciones era inaceptablemente contraria al orden público internacional francés, en la medida en que vulneraba la libertad de expresión (arts. 34.1 y 45 RBI)⁸. Ante esta resolución el Real Madrid y AE presentan recurso de casación ante la *Cour de cassation*. El Tribunal de Casación plantea al TJUE si, en el ordenamiento jurídico de la Unión, la vulneración de la libertad de prensa puede justificar que se aplique la cláusula de orden público; así como las condiciones en las que debe denegarse la ejecución de una sentencia condenatoria, como en el asunto de referencia, a una sociedad editora de periódicos y a uno de sus periodistas al pago de una indemnización por daños morales en virtud del RBI, por constituir una violación manifiesta de la libertad de prensa, consagrada en el artículo 11 de la Carta.

II. Cuestiones de Derecho internacional privado europeo: reconocimiento y ejecución de decisiones en el Reglamento Bruselas I (bis)

3. Las cuestiones que se abordan por el Tribunal de Justicia en la sentencia de referencia se circunscriben específicamente al ámbito de la eficacia extraterritorial de las resoluciones judiciales dentro de la UE, mediante su reconocimiento y ejecución a la luz del RBI. El vigente RBIBis recoge importantes novedades respecto de su predecesor (aplicable en el asunto principal) en este sector normativo, fundamentalmente para coadyuvar en el deseado objetivo de libre circulación de decisiones judiciales⁹ dentro de la Unión sobre la base del principio de confianza mutua. El RBIBis elimina todo tipo de procedimiento previo para la ejecución en el Estado requerido -declaración de ejecutoriedad o exequáturdentro del ámbito de aplicación del instrumento; constatando así que toda resolución judicial en materia cubierta sería título ejecutivo europeo¹⁰, por lo que no sólo el reconocimiento es automático en el Estado requerido sino también la ejecución -aquellas decisiones que tengan fuerza ejecutiva en el Estado de origen también lo tendrán en el Estado requerido sin necesidad de procedimiento alguno-. Ahora bien, las causas de denegación del reconocimiento y/o ejecución se mantienen, donde encaja la cláusula del orden público (art. 45.1º letra a) RBIBis). De esta suerte, la doctrina establecida por el TJUE en este asunto resulta de aplicación para el RBIBis, para determinar la ineficacia fuera de sus fronteras de resoluciones dictadas en esta materia en la que entren en contradicción derechos individuales fundamentales (como son los relativos a la personalidad fundamentados en la dignidad de la persona) y libertades igualmente fundamentales de interés colectivo (como es la libertad de expresión, y dentro de aquel, en particular, la libertad de información), a través del recurso al orden público por el Estado requerido.

4. En los siguientes apartados va a analizarse la argumentación del Tribunal de Justicia, así como de las conclusiones generales del abogado en este asunto, a la luz de su jurisprudencia previa y los principios básicos del Derecho de la Unión en este sector normativo de Derecho internacional, y sus consecuencias prácticas en los futuros litigios transfronterizos en esta específica materia dentro del mercado interior.

⁸ En su opinión, la ejecución de esta condena en Francia tendría, en este Estado miembro, un efecto disuasorio para los periodistas y medios de prensa en su participación en el debate público sobre asuntos de interés para la comunidad; vulneraría, por tanto, la libertad de prensa

⁹ Vid. M. REQUEJO ISIDRO, "La ejecución sin exequátur. reflexiones sobre el Reglamento Bruselas I bis, Capítulo III, RED, Vol. 67/2, julio-diciembre 2015, pp. 49-82; M^a. A. IGLESIAS VÁZQUEZ, "El nuevo sistema español de reconocimiento y ejecución de decisiones Extranjeras", *Revista de Derecho*. Segunda época. Año 10. N.º 12 (diciembre 2015), pp. 101-123 - ISSN 1510-3714

¹⁰ Tendrá en todos los Estados miembros (requeridos) la misma fuerza ejecutiva que en el Estado miembro de origen.

1. Principio general de libre circulación de decisiones dentro de la UE y la confianza mutua

5. La cooperación judicial en asuntos civiles en el seno de la UE (art. 81 TFUE), se constituye sobre la base de un elemento fundamental: el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales de otro Estado miembro¹¹, principio que se fundamenta en la confianza recíproca entre los Estados de la Unión. Esta caracterización del sistema de cooperación judicial necesariamente se vincula con que la denegación del reconocimiento de una resolución procedente de otro Estado miembro debe ser excepcional. La denegación del reconocimiento o ejecución de una decisión judicial de otro Estado miembro conlleva, en los aspectos prácticos, una fragmentación en el seno de la Unión de los efectos procesales de esta resolución, además del riesgo de una multiplicidad de procedimientos -con el correlativo peligro de resoluciones inconciliables-; así como el menoscabo del principio de reconocimiento mutuo con grave quebranto de la confianza recíproca sobre el que se basa el sistema.

La anterior afirmación resulta aplicable los instrumentos Bruselas en materia civil y mercantil, tanto en lo que respecta al RBI (sobre el que resuelve la sentencia analizada), como el vigente RBi*bis*. En ambos instrumentos se recoge el orden público sustantivo como posible motivo de la denegación del reconocimiento o ejecución; aunque inicialmente con un impacto menor que en otras materias no cubiertas -como el Derecho de familia o de sucesiones, en los que el grado de disparidad de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros es mayor-. Sin embargo, en el concreto sector material de la litigación en el ámbito de los derechos de la personalidad (honor, intimidad, propia imagen) se ha constatado que en el seno de estos instrumentos la referencia al orden público sustantivo merece especial atención; a lo que se une el hecho de que las normas sobre ley aplicable no están unificadas entre los Estados miembros (como consecuencia de su exclusión del RRII), con muy dispares resultados en función del Derecho nacional aplicable: por las heterogéneas aproximaciones nacionales en cuando no solo la existencia del daño (ilícito) sino de las consecuencias del mismo, en especial los criterios para la cuantificación de un daño no material (moral). Como ejemplo de ello, previo a la resolución objeto de análisis, cabe referir una sentencia de 2018 del *Bundesgerichtshof* alemán (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania) denegando en el marco del RBI el reconocimiento de una resolución polaca frente a un medio periodístico alemán por su manifiesta contradicción con el orden público en relación con la libertad de expresión y de información (BGH, 19 de julio de 2018 - IX ZB 10/18)¹².

6. La sentencia objeto de estudio presenta, en este sentido, singular interés. Las cuestiones prejudiciales planteadas por la Corte de Casación francesa al Tribunal de Justicia van referidas esencialmente a la relevancia del eventual efecto disuasorio del importe de la condena indemnizatoria (para reparar los daños morales causados por la difamación) sobre la libertad de prensa y la actividad del periódico y del periodista, como elemento determinante para apreciar la manifiesta contradicción de la resolución española (resoluciones en este caso) con el orden público francés a los efectos de denegar su ejecución en Francia con base en el art. 34.1º, en relación con el art. 45.1 del RBI (art. 45.1 RBi*bis*). Habrá que analizar si la aproximación de la cláusula del orden público como causa de denegación del reconocimiento y ejecución en este tipo de litigios transfronterizos, en los términos establecidos por el Tribunal de Justicia en esta resolución, está suficientemente justificada, como excepción, para que resulte conforme con ese principio básico del sistema de cooperación de libre circulación de decisiones judiciales sobre la base del reconocimiento y la confianza mutua.

¹¹ Art. 81.1 TFUE: *La Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.*

¹² *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania) de 19 de julio de 2018, Asunto n.º IX ZB 10/18 (DE :BGH:2018:190718BIXZB10.18.0). *Vid.* P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Derechos de la personalidad y reputación en medios digitales transfronterizos”. *Derecho Privado y Constitución*, n.º 40, 2022, pp. 171-205 (nota a pie n.º 55); *ibid.*, “Indemnizaciones por contenidos periodísticos difamatorios y significado del orden público como obstáculo al reconocimiento en el Reglamento 1215/2012”, 4 de octubre de 2024. <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2024/10/indemnizaciones-por-contenidos.html>

2. El orden público (internacional) como principal causa de denegación: implicaciones de la concurrencia de derechos y libertades fundamentales

7. La excepción del orden público en este contexto exige distinguir entre el mero orden público nacional (concepto doméstico) y el orden público internacional a la hora de determinar cuándo y cómo opera a los efectos de los instrumentos europeos. A este respecto, el TJUE con la sentencia analizada confirma la influencia cada vez mayor del Derecho europeo en la definición y aplicación de la excepción de orden público¹³. Si bien los Estados miembros mantienen la libertad para determinar «con arreglo a sus leyes y prácticas nacionales, las exigencias de su orden público», esta libertad está sujeta al control del Tribunal de Justicia, ya que los límites de este concepto se definen a través de la interpretación del Reglamento¹⁴. En consecuencia, si bien no corresponde al TJUE definir el contenido del orden público de un Estado miembro, sí le corresponde controlar los límites dentro de los cuales los tribunales de un Estado miembro pueden oponer este concepto para no reconocer una resolución dictada en otro Estado miembro en el marco del instrumento europeo¹⁵.

No obstante, atendiendo a la doctrina del TJUE (previa y ratificada en la resolución analizada) éste no se limita a revisar los límites dentro de los cuales el orden público puede obstaculizar la libre circulación de decisiones en Europa; pues define, aunque sea en parte, el contenido del concepto¹⁶. Así ocurre cuando señala que una “norma de Derecho considerada esencial en el ordenamiento jurídico de la UE” o “un derecho reconocido como fundamental en dicho ordenamiento jurídico” es asimismo esencial e igualmente fundamental en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros¹⁷. Ahora bien, cuando se trata de litigios en los que están involucrados derechos y libertades fundamentales, resulta evidente que las normas sobre su reconocimiento y tutela integran el orden público (tanto nacional como internacional a los efectos de los instrumentos europeos). En consecuencia, no parece que haya problema alguno para integrar, dentro del concepto de orden público internacional -establecido de conformidad con la doctrina del TJUE- un supuesto como el principal en el que se alega que el reconocimiento de las decisiones españolas lesionan la libertad de información en Francia. La cuestión esencial aquí es determinar cuándo es manifiestamente contrario a ese orden público para justificar la denegación del reconocimiento y ejecución de una decisión de otro Estado miembro.

8. La cláusula de orden público se manifiesta en este tipo de litigios transfronterizos tanto en el momento de la concreción de la ley aplicable para resolver sobre el fondo¹⁸ (como límite al Derecho material extranjero¹⁹), como en su eventual posterior solicitud de reconocimiento y ejecución en otro Estado miembro²⁰, como en el supuesto analizado. En términos generales, la incidencia del orden público

¹³ En particular, sobre el origen de esta influencia desde el inicio del sistema Bruselas, véase STJCE de 28 de marzo de 2000, as. C-7/98, *Dieter Krombach contra André Bamberski* (ECLI:EU:C:2000:164) y STJCE, de 11 de mayo de 2000, C-38/98, *Régie nationale des usines Renault SA contra Maxicar SpA y Orazio Formento* (ECLI:EU:C:2000:225).

¹⁴ Vid. apdo. 35 de la Sentencia.

¹⁵ Lo que no es nuevo, pues es doctrina ya referida. Vid. SSTJUE de 28 de abril de 2009, *Apostolides*, C420/07 (EU:C:2009:271), apartados 56 y 57, y de 16 de julio de 2015, *Diageo Brands*, C681/13, (EU:C:2015:471), apartado 42.

¹⁶ Vid. F. MARCHADIER, “CJEU Clarifies the Influence of Fundamental Rights on the Operation of the Public Policy Exception”, *The EAPIL Blog: Case law, Developments in PIL, Views and comments*, 19 November 2024 (consultado 19 noviembre 2024) https://eapil.org/2024/11/19/cjeu-clarifies-the-influence-of-fundamental-rights-on-the-operation-of-the-public-policy-exception/?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_source_platform=mailpoet&utm_campaign=new-contents-on-the-eapil-blog_2

¹⁷ Vid. Apdo. 39 de la sentencia y las conclusiones del AG en su apdo. 189 (Conclusiones del Abogado General. Sr. SZPUNAR, presentadas el 8 de febrero de 2024. ECLI:EU:C:2024:127).

¹⁸ Cuando sea contrario al orden público del foro el Derecho sustantivo aplicable para determinar la existencia del ilícito, de la responsabilidad no contractual por el daño, y las consecuencias de ese daño. En esta particular materia el resultado del litigio puede variar de manera muy significativa en función del sistema jurídico de referencia. Ahora bien, que el resultado del litigio en aplicación de la *lex causae* sea distinto del que resultaría aplicando la *lex fori*, no justifica *per se* el recurso al orden público. Para apreciar si es contrario al orden público hay que centrarse en el contenido de este Derecho extranjero aplicable, no en la forma. Vid. C. I. CORDERO ÁLVAREZ, *Litigios internacionales sobre difamación...*, ob. cit. Cap. V, ap. III.

¹⁹ Que en este caso no procede, al ser precisamente la ley española la aplicable por la regla del art. 10.9 CC.

²⁰ Vid. C. I. CORDERO ÁLVAREZ, *Litigios internacionales sobre difamación*, ob. cit., Cap. IV, Ap. II, número 2.

como motivo de no reconocimiento en este tipo de litigios se manifiesta en dos grandes supuestos. Por un lado, aquellos en los que la causa de denegación se centra o refiere al tipo de daños que la resolución recoge. Por otro, aquellas que se conectan con la propia ilicitud del comportamiento enjuiciado y sancionado por la decisión extranjera, en función del tratamiento²¹ que se dé en el Estado de origen²² y en el Estado requerido de los derechos y libertades fundamentales en contradicción en este tipo de casos (derechos de la personalidad versus libertades de expresión e información); es en este último grupo donde se enmarca el supuesto principal.

El distinto tratamiento a la hora de tutelar estos dos grupos de derechos fundamentales puede ocurrir incluso entre ordenamientos pertenecientes a los mismos sistemas, como en el caso de referencia. Dentro de Europa los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros UE no reglamentan de igual manera estas categorías de derechos, a pesar de contar con instrumentos internacionales comunes esenciales en la materia (CEDH y la Carta) y partir de tradiciones constitucionales similares. De esta suerte, potencialmente caben problemas de orden público entre los ordenamientos europeos (de lo que da muestra los hechos en los que se fundamenta la Sentencia analizada). Como consecuencia, incluso dentro del sistema uniforme europeo de reconocimiento de decisiones entre Estados miembros no existen garantías de que la sentencia recaída en este tipo de litigios pueda llegar a producir efectos, más allá de la jurisdicción del Estado miembro de origen, si no resulta compatible con el ordenamiento del tribunal requerido (art. 34.1 RBI²³/ 45.1 a) RBibis).

9. En cualquier caso, la cláusula de orden público debe interpretarse y aplicarse de manera restrictiva, ya que el propio tenor literal de la regla de denegación refiere la condición de “manifiestamente contrario”; lo que exige que se evalúe la intensidad de la conexión entre la situación y el foro²⁴. Además, sólo podrá aplicarse esta causa cuando la decisión sea contraria manifiestamente al orden público (internacional²⁵) del foro (Estado miembro requerido) en el momento de su reconocimiento -no en el pasado- y ante las circunstancias particulares concurrentes. En la materia concreta objeto de litigio, supone que la vigencia social y temporal de los derechos de la personalidad como fundamentales determina su alcance y delimitación con otros derechos y libertades con las que entrena en conflicto -como es libertad de información-; por lo que no cabe una solución uniforme atemporal y general ante eventuales conflictos ni si quiera por el mismo ordenamiento jurídico (lo que a la luz de lo general de la afirmación que constituye el fallo de sentencia analizada puede que no encaje en esta necesaria y restringida aproximación).

Una interpretación extensiva y no justificada de la cláusula orden público manifiesta un más que potencial peligro: la limitación territorial de los efectos de las resoluciones judiciales recaídos en esta materia dentro de la UE; y ello a la vista de lo heterogéneo de la reglamentación de esta materia (derechos de la personalidad en relación con libertades fundamentales) por los Estados miembros, así como por la reciente jurisprudencia del TJUE en relación con la interpretación de la casusa de denegación “orden público” para el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras en el sistema Bruselas para este tipo de litigios transfronterizos.

²¹ Alcance de los derechos de la personalidad y su relación con otras libertades fundamentales, mecanismos de tutela y condiciones para esa protección frente a eventuales lesiones.

²² En función del Derecho material que el tribunal de origen aplicó para resolver sobre el fondo, lo que típicamente se traduce en la práctica en que por el tribunal requerido se realiza un control de la ley extranjera aplicada al procedimiento por el tribunal de origen para resolver, pese a la prohibición expresa de ese control fondo que el sistema Bruselas establece en esta fase entre Estados miembros (art. 36 RBI, art. 52 RBibis).

²³ En general sobre las causas de denegación de reconocimiento en la UE *vid.*, S. FRANCO, “Chapter III, Recognition and enforcement: Section 1. Recognition (art. 34)”, en U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *European commentaries on Private International Law. Brussels I Regulation*. 2nd Revised Edition, Sellier (European law publishers), Munich, 2011, pp. 644-697, en especial, sobre el orden público sustantivo, pp. 657-667.

²⁴ *Vid. Commission Proposal COM (1999) 348 final p.21).*

²⁵ *Vid. Report Jenard p. 44.* No obstante, tal y como se ha manifestado el Tribunal de Justicia al respecto, a pesar de ser el orden público un concepto nacional. *Cfr.* asunto *Renault SA v. Maxicar SpA and Orazio Formento*, C-38/98, 2000 ECR I-2973, apdo. 32 y toda la jurisprudencia referida en S. FRANCO, “art. 34”, *ob. cit.*, notas nº 20-32.

3. Elementos de valoración sin revisión sobre el fondo ¿o sí?

10. Que las decisiones españolas (tutelando el derecho al honor de los demandantes) interfieren en el derecho de libertad de información o prensa en Estado requerido parece evidente en este caso; pero para que pueda operar el orden público como causa de denegación de las decisiones españolas, éstas tienen que ser manifiestamente contrarias al orden público internacional francés. Es necesario analizar la sentencia en su fundamentación para ver si son correctas y/o suficientes las circunstancias y elementos que se han tomado en consideración para dictar el fallo, así como adecuadas a los principios básicos europeos. El TJUE en su fallo se limita a recoger una declaración genérica que podría apreciarse como obvia para todos los casos, al afirmar simplemente que debe denegarse la ejecución de una sentencia de otro Estado miembro “en la medida en que entrañe la vulneración manifiesta de la libertad de prensa del artículo 11 de la Carta... y, por ende, la violación del orden público del Estado miembro requerido”.

No se recoge en el fallo específicamente elementos de valor para poder realizar esa apreciación de vulneración por parte del tribunal de Estado requerido para considerar esa violación manifiesta requerida. No obstante, el contenido de la sentencia (*obiter dicta*) aporta elementos de interés que delimitan la importancia de ese efecto disuasorio en la aplicación del art. 34.1 RBI/art. 45.1 RBI²⁶ para resoluciones dictadas en este tipo de litigios. De esta forma, el Tribunal de Justicia se aparta en parte de la aproximación propuesta por el Abogado General en sus conclusiones, que podía conducir a una protección excesiva de la prensa en detrimento de la tutela de los derechos fundamentales vinculados a la personalidad (en este caso, el derecho al honor, dentro del más amplio derecho al respeto de la vida privada y familiar del art. 8 CEDH, art. 7 de la Carta) y, en última instancia, en un menoscabo excesivo del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales dentro de la UE (*infra*).

11. Las aportaciones de la resolución en las que se establecen los elementos significativos para la apreciación del orden público en esta materia se contiene, en particular, en los apartados 68 a 73 de la sentencia. Son relevantes otros apartados en los que se recoge doctrina jurisprudencial previa -general y específica para esta materia- aplicable al litigio principal. En los apartados 29 a 44, el Tribunal de Justicia realiza una síntesis, en general, de su jurisprudencia previa relativa al reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, así como de los criterios por los que este Tribunal controla los límites dentro de los cuales un Estado miembro (requerido) puede alegar la incompatibilidad manifiesta con su orden público para denegar el reconocimiento de una resolución dictada en otro Estado miembro dentro del sistema Bruselas. Por lo que respecta a la materia concreta sobre la que resuelve la sentencia, los apartados 45 a 65 recogen una síntesis de su jurisprudencia²⁷ y especialmente del TEDH²⁸, en relación con la protección específica de la libertad de expresión e información cuando se ven concernidos periodistas o editores y medios de prensa²⁹. En este contexto se destaca fundamentalmente la importancia de que cualquier control que suponga una injerencia en la libertad de expresión e información (del art. 11 de la Carta y art. 10 del CEDH) sea proporcionada. Para ello, es necesario que entre la indemnización concedida y el menoscabo de la reputación ocasionado debe existir una relación razonable de proporcionalidad, así como la necesidad de extremar la cautela cuando las medidas adoptadas puedan tener un efecto disuasorio sobre el ejercicio de la libertad de prensa en dichos asuntos³⁰. A estos efectos se refieren ciertos elementos indicativos de cuándo puede tener lugar ese efecto disuasorio no admisible sobre el ejercicio

²⁶ Cf. P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Indemnizaciones por contenidos periodísticos difamatorios...”, *ob. cit.*

²⁷ *Vid.* en particular, apartados 47, 49, 50-52, de la sentencia y referencia jurisprudencial ahí referida.

²⁸ *Vid.* en particular, apartados 53 a 65 de la Sentencia y jurisprudencia del TEDH allí referida.

²⁹ En la medida que los principios establecidos en la doctrina jurisprudencial del TEDH sobre la libertad de información se aplican no solo a los periodistas, sino también a los editores de prensa, quienes participan plenamente en la libertad de expresión y comparten los deberes y responsabilidades a que se refiere el artículo 10, apartado 2, del CEDH. *Vid.* TEDH, sentencia de 15 de enero de 2009, *Urban y otros c. Francia*, § 47 (CE:ECHR:2009:0115JUD002098505).

³⁰ Sobre la base de la doctrina del TEDH. *Vid.* SSTEDH, de 20 de mayo de 1999, *Bladet Tromsø y Stensaas c. Noruega*, § 64 (CE:ECHR:1999:0520JUD002198093), y de 17 de diciembre de 2004, *Cumpănă y Mazăre c. Rumanía*, § 111 (CE:ECHR:2004:1217JUD003334896).

de la libertad de prensa³¹, como son, por ejemplo, cuantías indemnizatorias de magnitud imprevisible o elevada en relación con las cantidades concedidas en casos de difamación comparables -incluso cuando la cuantía es moderada pero es desproporcionada en atención a los medios materiales de los que dispone la persona condenada-, o cuando la condena consiste en conceder a la parte perjudicada un resarcimiento que excede del daño material o moral realmente sufrido.

12. En la medida que se recogen en el texto de la sentencia (no así en su fallo) elementos significativos de valor para apreciar por el Estado requerido la cláusula del orden público en estos casos como causa de denegación, por vulnerar la libertad de información y expresión (art. 11 de la Carta), el Tribunal de Justicia se aparta parcialmente de la aproximación excesivamente tuitiva de estas libertades -en detrimento de otros derechos igualmente fundamentales, como son los de la personalidad- realizada por el Abogado General en sus Conclusiones³². El Abogado General proponía al Tribunal que, además de una declaración genérica -como la que finalmente ha incluido el fallo de la sentencia-, estableciera que existe la vulneración del artículo 11 de la Carta y, por lo tanto, debe denegarse la ejecución: “...cuando la ejecución de la resolución produce un efecto disuasorio potencial por lo que respecta a la participación en el debate sobre un asunto de interés general tanto para las personas a las que se ha impuesto la condena como para otras sociedades editoras de prensa y periodistas del Estado miembro requerido. Tal efecto disuasorio potencial se produce cuando la suma total que se ha de pagar es manifiestamente irrazonable teniendo en cuenta la condición y la situación económica de la persona afectada. En el caso de un periodista, el efecto disuasorio potencial se produce, en particular, cuando esa suma corresponde a varias decenas de veces el salario mínimo del Estado miembro requerido. En el caso de la sociedad editora de un periódico, el efecto disuasorio potencial debe entenderse como una amenaza clara para el equilibrio financiero del periódico. El tribunal del Estado miembro requerido puede tener en cuenta la gravedad del acto dañoso y la magnitud del perjuicio solo para determinar si, a pesar del carácter a priori manifiestamente irrazonable de la suma total de una condena, esta es adecuada para contrarrestar los efectos de las declaraciones difamatorias.”

El Tribunal de Justicia prescinde en su sentencia de pronunciamientos de esta clase, en especial, en lo que respecta a la relevancia de la situación económica de los condenados y a la determinación del referido efecto disuasorio y sus implicaciones. Así, el Tribunal de Justicia parte de la necesidad de que el Estado requerido tome en consideración todas las circunstancias del caso “entre las que se cuentan no solo los medios de las personas condenadas, sino también la gravedad de su acto dañoso y la magnitud del perjuicio”³³. Se atribuye particular importancia a la necesidad de comprobar si la indemnización por daños y perjuicios concedida resulta manifiestamente desproporcionada en relación con el menoscabo de la reputación de que se trata, como factor condicionante de la apreciación del eventual efecto disuasorio sobre el ejercicio de la libertad de prensa³⁴. A este respecto se aclara que la existencia de divergencias entre la indemnización establecida por el tribunal de origen y las cantidades que se conceden en ese tipo de casos en el Estado requerido no basta por sí mismo para apreciar esa manifiesta desproporción, aunque pueda ser un elemento que tomar en consideración a tales efectos³⁵.

En cualquier caso, la existencia dentro del sistema Bruselas de prohibición expresa de revisión en cuanto al fondo de la decisión por el Estado requerido³⁶, limita y condiciona los términos en los que el Tribunal de Estado requerido debe apreciar si existe o no esa manifiesta desproporción. Así se recoge en la sentencia, estableciendo que esa comprobación del Estado requerido se tiene que ceñir a la identificación de una vulneración manifiesta de los derechos y libertades del art. 11 de la Carta, sin que puedan controlar las apreciaciones de fondo realizadas por los tribunales del Estado miembro de origen. De tal manera que los tribunales del Estado requerido no pueden examinar si los demandados “actuaron,

³¹ En los términos previstos en el sistema del Estado requerido. *Vid.* apdos. 57 y 61 a 64 de la sentencia y posteriores referencias.

³² De manera acertada, aunque pudiera considerarse insuficiente por lo general, escueto y obvio del fallo.

³³ *Cf.*, apdo. 68 de la Sentencia.

³⁴ *Vid.* apdo. 69 de la Sentencia.

³⁵ *Vid.* apdo. 70 de la Sentencia.

³⁶ De conformidad con los arts. 35.2, 36 (reconocimiento), 45.2 (ejecución) del RBI; arts. 45.2 y 52 del RBIbis

al publicar el artículo..., con observancia de sus deberes y responsabilidades ni poner en tela de juicio las constataciones que en la sentencia del Tribunal Supremo... obran en cuanto a la gravedad del acto dañoso... o a la magnitud del daño sufrido por los demandantes”³⁷. Ahora bien, en la práctica el control de manifiesta contradicción con el orden público difícilmente se aleja de un control de fondo (*infra*).

13. En relación con la cuantificación del daño, se echa en falta la referencia en esta sentencia de un elemento relevante no contemplado específicamente, como es la peculiar dificultad inherente a la cuantificación del daño moral en comparación con el daño material (aproximada de forma muy dispar por los Estados miembros³⁸). Esta circunstancia conduce necesariamente a la existencia de una mayor disparidad entre los ordenamientos de los Estados miembros -que es un elemento que puede tomarse en consideración, según el Tribunal de Justicia, para evaluar la existencia de esa posible desproporción a los efectos de determinar la infracción del art. 11 de la Carta y la consecuente denegación por orden público de la decisión por el Estado miembro requerido-.

14. Finalmente, como precisión adicional, el Tribunal de Justicia señala la posibilidad de que -en atención a las circunstancias- los tribunales del Estado miembro requerido tengan que declarar la existencia de una manifiesta contradicción de las resoluciones de origen con su orden público en relación exclusivamente con alguna de las partes, es decir, la parte manifiestamente desproporcionada: “solamente en lo que respecta a una de las dos partes demandantes” (según las circunstancias propias y particulares del club y las del miembro de sus servicios médicos) o a una de las dos partes demandadas (lo que permite también al tribunal requerido evaluar por separado las circunstancias que concurren en relación con la empresa editora del periódico y el periodista condenado)³⁹. De esta forma, la consecución del objetivo de la libre circulación de las sentencias no se ve comprometida definitivamente, ya que bastaría con que el tribunal requerido eliminara los excesos de la decisión extranjera para que ésta fuera reconocida.

Ahora bien, esta aproximación puede suponer incluso que si se requieren ciertas comprobaciones del tribunal de origen (por ejemplo, la gravedad de la falta, la realidad y la extensión del daño), el Tribunal de Justicia autoriza al tribunal del Estado requerido a reexaminar la parte dispositiva de la decisión extranjera y, en caso necesario, a reescribirla. Esto parece que choca con esa prohibición de revisión de fondo⁴⁰, aunque esta ruptura sea de manera pragmática. Si bien es cierto que es mejor permitir al tribunal requerido modificar el importe de la multa impuesta en el extranjero, y hacer aceptable la sentencia extranjera, que simplemente negarle todo efecto en Francia. El problema puede venir en caso de que por el Estado requerido se entienda que la desproporcionalidad resulte del principio mismo de la pena -de existencia de la condena- sin apartarse de las apreciaciones del tribunal de origen. En este caso, la sentencia del TJUE no da respuesta a los posibles interrogantes⁴¹.

³⁷ *Vid.* apdo. 71 de la sentencia.

³⁸ Los daños no materiales (morales) no se encuentran armonizados dentro de la UE. En particular, un estudio comparado de esta cuestión, aunque en el marco de la responsabilidad civil por daños causados por productos tectónicos, *vid.* C. WENDEHORST, “Study on Safety and Liability Related Aspects of Software. Shaping Europe’s digital future”, *EU Commission*, 2021. [Study on Safety and Liability Related Aspects of Software | Shaping Europe’s digital future](https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/study-safety-liability-related-aspects-software-shaping-europe-digital-future), apdo. 4.1.6.2 Physical risks.

³⁹ *Vid.* apdo. 72 de la Sentencia.

⁴⁰ No se trata de una idea completamente nueva en este contexto; pues una aproximación similar fue planteada por A. G. DROZ, “Variations Pordeas. De l’accès au juge entravé par les frais de justice. À propos de l’arrêt de la Cour de cassation, 1er Chambre civile, du 16 mars 1999”, *RCDIP*, 2000. pp. 181.

⁴¹ Como sería si en estos casos se debería de negar todo efecto a la decisión extranjera o si bajo esta potestad que ha abierto el TJUE podría reconocerse al tribunal requerido la posibilidad de ordenar otra forma de reparación que fuera más conforme a su ordenamiento jurídico (a los efectos de proporcionalidad); por ejemplo, la publicación de un derecho de respuesta en ese Estado o de la propia resolución. Así se manifiesta F. MARCHADIER “CJEU Clarifies the Influence of Fundamental Rights on the Operation of the Public Policy Exception”, *The EAPIL Blog: Case law, Developments in PIL, Views and comments*, 19 November 2024 (consultado 19 noviembre 2024) https://eapil.org/2024/11/19/cjeu-clarifies-the-influence-of-fundamental-rights-on-the-operation-of-the-public-policy-exception/?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_source_platform=mailpoet&utm_campaign=new-content-on-the-eapil-blog_2

III. Conclusiones

15. La sentencia analizada se centra en la relación entre la excepción del orden público, prevista en el sistema Bruselas (RBI/RBibis) como causa de denegación del reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales de otro Estado miembro, y la libertad de prensa consagrada en el artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales. En el concreto sector material de la litigación transfronteriza en el ámbito de los derechos de la personalidad (entre los que se encuentran los supuestos de difamación), se ha constatado que la referencia al orden público sustantivo merece especial atención por su colisión con otros derechos fundamentales (típicamente, la libertad de expresión).

Con esta sentencia el TJUE confirma la influencia cada vez mayor del Derecho europeo en la definición y aplicación de la excepción de orden público desde la perspectiva de los ordenamientos nacionales de los Estados miembros. En la concreción de este orden público internacional, cuya operatividad impide la libre circulación de decisiones judiciales dentro de la UE, el TJUE impone la aproximación combinada del Derecho de la Unión Europea y del Derecho europeo de los derechos humanos (a través de Carta)⁴². Como consecuencia de ello, los Estados miembros tienen la obligación de incorporar los derechos esenciales del ordenamiento jurídico de la UE y los derechos fundamentales a sus valores fundamentales para la concreción del orden público a los efectos de los instrumentos europeos.

Aunque se mantiene la libertad y competencia concedida a los Estados miembros para determinar las exigencias de su orden público⁴³, los límites a este concepto se definen por él a través de la interpretación del Reglamento. No obstante, el TJUE no se limita a establecer esos límites -a los efectos de los instrumentos-, sino que define en parte el contenido del concepto; lo que resulta innecesario en este caso concreto, ya que no se albergan dudas de que el derecho a la libertad de expresión se integra dentro del orden público internacional como derecho fundamental. En consecuencia, evidentemente el derecho a la libertad de expresión puede justificar la denegación del reconocimiento de una resolución extranjera⁴⁴ por el Estado requerido como parte de su orden público, siempre que sea manifiestamente contrario a aquél.

16. En el asunto principal, la interferencia de las decisiones españolas sobre el derecho a la libertad de información en el ordenamiento francés es evidente, pero hay que determinar si está justificada esa interferencia o si por el contrario puede operar la cláusula de excepción del orden público.

En primer lugar, la proporcionalidad es un elemento esencial para resolver esta cuestión, y se plantea cómo ha de valorarse en un sistema como el de cooperación judicial en materia civil europeo que se basa en el principio de confianza mutua. Necesariamente ha de partirse de la presunción de que cada Estado miembro respeta los derechos fundamentales⁴⁵. Esto supone que si la alegación de violación de derechos fundamentales no ha sido planteada ante el tribunal de origen, generalmente no podría ser examinada por el tribunal del Estado requerido⁴⁶; y si ha sido examinada por aquel, la prohibición de revisión en cuanto al fondo impediría que sea reexaminada por el Estado requerido. A estos efectos, el Tribunal de Justicia en esta sentencia ofrece una serie de elementos significativos de valor para evitar este riesgo, sobre la base de su previa doctrina. Si bien, como se ha visto, no están exentos de problemas.

⁴² Vid. Apdos. 45 y ss. de la sentencia. Se excluyen principios que puedan ser esenciales desde la perspectiva nacional de los Estados miembros -especialmente aquellos principios de sistemas nacionales vinculados esencialmente con carácter no laico del Estado-. Siguiendo la aproximación del TEDH, en relación con el cumplimiento de las obligaciones de reconocimiento y tutela de derechos y libertades fundamentales consagradas en el CEDH asumidas por los Estados signatarios, cuando entran en contradicción con su orden público nacional. Un ejemplo paradigmático es la sentencia, por todos conocida, del TEDH de 3 de mayo de 2011, n.º 56759/08 *Négrépontos-Giannisis contra Grecia*.

⁴³ Los Estados miembros tienen la competencia para definir el contenido de su orden público, con arreglo a sus leyes y prácticas nacionales.

⁴⁴ Vid. TEDH, sentencia n.º 48198/99, de 15 de enero de 2004, *Lindberg c. Suecia*.

⁴⁵ De conformidad, con el Dictamen 2/13 (Adhesión de la Unión al CEDH), de 18 de diciembre de 2014, apartado 191 (EU:C:2014:2454); referido expresamente en el apdo. 42 de la Sentencia.

⁴⁶ Vid. STJUE de 16 de julio de 2015, *Diageo Brands BV*, as. C-681/13, aptdo. 64 (ECLI:EU:C:2015:471).

Para respetar la prohibición de revisar en cuanto al fondo la resolución extranjera, el Tribunal requerido solo puede constatar (controlar)⁴⁷ la existencia de una violación manifiesta de una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico de ese Estado o de un derecho reconocido como fundamental en este ordenamiento⁴⁸. El problema es que en la práctica hay poca diferencia entre el control del fondo y el de la existencia de una infracción manifiesta⁴⁹. La mera violación de los derechos fundamentales -en este caso, de la libertad de información- no justifica la denegación del reconocimiento, sino que debe ser manifiesta para que esté justificada la denegación del reconocimiento; para lo que podemos plantear posibles escenarios. Si el tribunal de origen ha dictado su sentencia sin haber ponderado los intereses de cada una de las partes en conflicto (derecho a la reputación, por una parte, y derecho a la libertad de expresión, por otra), cabría pensar en una constatación de violación manifiesta (aunque sólo sea por el hecho de haber ignorado los derechos fundamentales de una de las partes), y ello sin proceder a un control sobre el fondo, en la medida que el control realizado por el tribunal requerido no ha sido, en este caso, realizado por el tribunal de origen. Ahora bien, si este control ya se ha producido en sede del Estado de origen, la idea misma de una violación manifiesta es más difícil de aceptar⁵⁰, especialmente si se ha producido de conformidad con los criterios establecidos por el TEDH en su jurisprudencia para arbitrar entre estos dos intereses en conflicto (tutelados por sendos derechos fundamentales)⁵¹; lo que parece ocurrió en el asunto principal. Podría considerarse entonces, como hace el Abogado General en este caso⁵², que los intereses en la balanza ante el tribunal requerido son diferentes a los del Estado de origen. El interés del demandado sigue siendo el mismo, el de la libertad de expresión, pero el del demandante ya no se limita al respeto de su reputación, sino que se completa con el derecho a la ejecución de la decisión; pero esto no afecta en lo sustantivo al control que puede realizar el Estado requerido -pues éste sería en esencia el mismo que el del tribunal de origen: libertad de expresión/información vs. derecho reputacional-.

17. En este caso, es posible que se hubiera producido una violación de la libertad de información en atención a la nutrida jurisprudencia del TEDH⁵³ sobre los criterios en los que esta libertad (que tutela un interés general) prevalece sobre los derechos de la personalidad (de interés particular). Es indudable que el perfil de los demandantes (entre ellos un equipo de fútbol mundialmente conocido) y el contenido de la noticia (posible dopaje en el deporte) justifica la publicación del artículo por interés general -unido al hecho de que el Real Madrid pudo publicar un desmentido en ese medido de comunicación-. Desde esta perspectiva, cualquier sanción o medida condenatoria supone una infracción de la libertad de expresión/información, pero no podría ser considerada de manera automática como una infracción manifiesta que justifique la aplicación del orden público por su carácter excepcional. La respuesta a la pregunta de si las resoluciones españolas vulneraban de manera clara y manifiesta la libertad de expresión de los demandados, es crucial para determinar si, en este caso, se puede o no denegar la ejecución de estas decisiones en Francia. Por consiguiente, sólo si el tribunal requerido constata una clara violación del derecho a la libertad de expresión y, en consecuencia, un claro conflicto entre la decisión extranjera y el orden público debería denegar su ejecución -incluso de manera parcial, en la medida que el TJUE indica que puede apreciarse solo a la parte manifestamente desproporcionada en el Estado miembro en el que

⁴⁷ La infracción manifiesta del orden público rompe la confianza mutua. De manera que justifica, excepcionalmente, el restablecimiento de un control generalmente neutralizado por esa imperativa confianza mutua. Es lo equivalente, en el ámbito de los litigios de la UE, del papel del criterio de “deficiencia manifiesta” utilizado por el TEDH para determinar si un Estado miembro de la UE estaba obligado, en virtud del artículo 6 del CEDH, a revisar la decisión de otro Estado miembro y negarle todo efecto jurídico. En este sentido, STEDH, Gran Sala, 20 de mayo de 2016, n.º 17502/07, *Avotins c. Letonia*, § 116.

⁴⁸ *Vid.* Apartado 37.

⁴⁹ El control puede variar en intensidad, pero no cambia en naturaleza. *Cf.* F. MARCHADIER “CJEU Clarifies the Influence of Fundamental Rights on the Operation of the Public Policy Exception”, *loc. cit.*

⁵⁰ *Vid.* STJUE, *Diageo Brands*, *loc. cit.* apdo. 64

⁵¹ De conformidad con el art. 8 y 10 del CEDH. Sobre estos criterios, véase STEDH, Gran Sala, de 7 febrero 2012 asunto *Von Hannover c. Alemania* (no 2), Demandas n.º 40660/08 et 60641/08, § 107

⁵² *Vid.* Apdo. 131 de las Conclusiones.

⁵³ Extensamente citada por el TJUE en esta sentencia, para aclarar el sentido y el alcance del artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales.

se solicita la ejecución, de la indemnización por daños y perjuicios concedida⁵⁴-. De esta manera, y en este sentido, el TJUE permite al Estado requerido reexaminar la parte dispositiva de la decisión extranjera (de origen) y, en caso necesario, a reescribirla; excepcionando de esta forma la prohibición general de revisión de fondo.

18. En definitiva, esta sentencia viene a confirmar la cada vez mayor influencia europea en las políticas públicas de los Estados miembros -al menos en su aspecto cuantitativo en lo que respecta a aquellos principios que deben integrar su orden público-; pero también modifica e incide en la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras, socavando en cierta medida el principio de confianza mutua dentro de la UE y la prohibición de revisión sobre el fondo del sistema Bruselas.

A mayor abundamiento, esta aproximación limita de facto las opciones que el sistema Bruselas contempla en el sector de competencia a los perjudicados para la tutela de sus derechos de la personalidad frente a comportamientos lesivos de terceros, en particular cuando puedan tener la condición de medios de comunicación; ya que supondría que para garantizar la eficacia material de las eventuales resoluciones condenatorias habría que instar la acción ante los tribunales del Estado del domicilio de los demandados, especialmente cuando la *causa petendi* sea de naturaleza indemnizatoria (pecuniaria, para resarcir los daños morales causados). En caso contrario, no se podría asegurar que la resolución condenatoria pudiera oponerse frente a los demandados (ejecutados en su caso), si no existe cumplimiento voluntario, fuera de la jurisdicción donde fueron adoptadas, por el peligro de denegación de su reconocimiento y ejecución en aplicación de la excepción del orden público en los términos expuestos.

⁵⁴ *Vid.* Apdo. 73 de la sentencia.

Unbounded Personal Jurisdiction Theory and Foreign Policy Concerns: A Continental View on Fuld v. Palestine Liberation Organization

Giurisdizione senza limiti nei confronti di convenuti stranieri e tutela degli interessi di politica estera: una prospettiva continentale su Fuld v. Palestine Liberation Organization

STEFANO DOMINELLI

*Associate Professor in International law
University of Genoa*

Recibido: 13.12.2025 Aceptado: 18.01.2026

DOI: 10.20318/cdt.2026.10287

Abstract: The work critically analyses a recent judgment by the US Supreme Court which has clearly interpreted for the first time the due process limits under the Fifth Amendment. By exploring the solution adopted by the court on federal personal jurisdiction in terrorism related claims against out of State defendants, from a continental point of view, it is argued that the judgment reinforces the Lotus principle on territorial adjudicative jurisdiction and constitutes an index that heads of jurisdiction may be justified even when there is little objective connection, but a strong policy interest. Assuming that for some States, policy-oriented heads of jurisdiction express the vision that adjudicative jurisdiction remains a legitimate tool to enforce public policies, the contribution highlights that the subsequent question of the free movement of the decision will impose a moment of reflection on extra-territorial prescriptive and adjudicative jurisdiction.

Keywords: Comparative private international law, Personal jurisdiction, Extra-territorial adjudicative Jurisdiction, EU law approaches.

Riassunto: Il lavoro analizza in prospettiva critica una recente decisione della Corte Suprema statunitense che ha interpretato per la prima volta i limiti costituzionali derivanti dalla due process clause del quinto emendamento. Commentando la soluzione adottata dalla corte in tema di limiti alla giurisdizione nei confronti di convenuti stranieri nell'ambito di azioni connesse al risarcimento del danno derivante da condotte di terrorismo, si nota come la decisione si inserisca nel solo della giurisprudenza Lotus rafforzandone il principio e confermi come, oggi, la giurisdizione possa essere radicata in presenza di collegamenti oggettivi deboli, purché accompagnati da policy interests meritevoli di tutela. Assumendo, dunque, come per alcuni Stati la giurisdizione possa costituire uno strumento di enforcement delle politiche nazionali, il lavoro intende evidenziare come la successiva questione relativa alla circolazione delle decisioni imponga un momento di riflessione tanto sull'adozione di norme extraterritoriali, quanto sulle regole in materia di giurisdizione che le dovrebbero completare.

Parole chiave: Diritto internazionale privato comparato; Giurisdizione; Fori esorbitanti; Approcci di diritto dell'Unione europea.

Summary: I. Introduction. II. Personal jurisdiction in the US: the essentials. III. Fuld v. PLO: the reasoning of the Court. IV. A continental view on extra-territorial adjudicative jurisdiction and fair play. V. Conclusions: the changing nature of jurisdiction.

I. Introduction

1. In *Fuld v. Palestine Liberation Organization*¹, the Supreme Court of the United States of America (SCOTUS) has recently decided its first case on the *possible existence* of limits to exercise *federal* jurisdiction over non-US defendants². The decision deals with a core fundamental question of extra-territorial adjudicative jurisdiction, namely whether due process requirements developed to limit the exercise of *State* jurisdiction (Fourteenth Amendment) also apply to federal courts (Fifth Amendment). If in constitutional terms the question is whether limitations on the power of the Federal Government translate in equal limits to the corollary authority of federal courts³, in conflict of laws terms the investigation revolves around whether the Federal Government may establish subject matter jurisdiction, thus authority of courts, without any territorial (personal jurisdiction) limitation. Or, in other words, allow domestic court to hale out of country defendants even when they have no personal significant connection with the country and have not consented to US jurisdiction.

2. The following pages wish to contextualize *Fuld v. PLO* in the broader context of comparative conflict of laws and determine what the decision may add to private international law narratives surrounding conditions and limits to ground and exercise jurisdiction over out of State defendants. Para. 2 will summarise US approaches to jurisdiction⁴. Para. 3 will offer a critical reading of the reasoning in *Fuld v.*

¹ *Fuld v. Palestine Liberation Organization*, 606 U.S. (2025), on which see S. DODSON, “Personal Jurisdiction and the Fifth Amendment”, *ConLawNOW*, 2025, p. 1; the series of blogpost by M. GARDNER on *Transnational Litigation Blog*, and R.H. TRANGSRUD, “Fuld v. PLO and the Ghost of Pennoyer”, *The George Washington Law Review. On the Docket* (Aug. 13, 2025). On the judgment by the United States District Court for the Southern District of New York *Fuld v. Palestine Liberation Org.*, No. 20-CV-3374 (JMF), F.Supp.3d, 2022 WL 62088, 1 (S.D.N.Y. Jan. 6, 2022), see O. CROWLEY, “Fuld v. Palestine Liberation Org.”, *New York International Law Review*, 2022, p. 87, and A.D. SIMOWITZ, “Federal Personal Jurisdiction and Constitutional Authority”, *New York University Journal of International Law and Politics*, 2023, p. 345.

² *Fuld v. Palestine Liberation Organization*, 606 U.S. (2025), 7.

³ *Fuld v. Palestine Liberation Organization*, 606 U.S. (2025), 3.

⁴ *Amplius*, J.H. BEALE, “The Jurisdiction of Courts over Foreigners”, *Harvard Law Review*, 1913, p. 193; ID, *A Treatise on the Conflict of Law, Volume One, Jurisdiction*, New York, Baker, Voorhis & Co., 1935; P.K. BOOKMAN, “Toward the Fifth Restatement of U.S. Foreign Relations Law”, in P.B. STEPHAN/S.H. CLEVELAND (eds.), *The Restatement and Beyond*, Oxford, Oxford University Press, 2020, p. 335; P.J. BORCHERS, “The Death of the Constitutional Law of Personal Jurisdiction: From Pennoyer to Burnham and Back Again”, *University of California Davis Law Review*, 1990, p. 19; R.A. BRAND, “Challenges to Forum Non Conveniens”, *New York University Journal of International Law and Politics*, 2013, p. 1003; L. BRILMAYER, “How Contacts Count: Due Process Limitations on State Court Jurisdiction”, *The Supreme Court Review*, 1980, p. 77; C. BURKE ROBERTSON/C.W.E. RHODES, “A Shifting Equilibrium: Personal Jurisdiction, Transnational Litigation, and the Problem of Nonparties”, *Lewis & Clark Law Review*, 2015, p. 643; R. CAFARI PANICO, “Forum necessitatis: Judicial Discretion in the Exercise of Jurisdiction”, in F. POCAR/I. VIARENGO/F.C. VILLATA (eds.), *Recasting Brussels I*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 127; K.M. CLERMONT, “Restating Territorial Jurisdiction and Venue for State and Federal Courts”, *Cornell Law Review*, 1981, p. 411; W. COLLINS PERDUE, “Personal Jurisdiction and the Beetle in the Box”, *Boston College Law Review*, 1991, p. 529; ID, “What’s Sovereignty Got to Do with It?: Due Process, Personal Jurisdiction and the Supreme Court”, *South Carolina Law Review*, 2012, p. 729; R. DE NOVA, *Le concezioni statunitensi dei conflitti di legge viste da un continentale*, *Cuadernos de la Catedra “Dr. James Brown Scott” – Universidad de Valladolid*, 1964; S.W. DODGE, “Jurisdiction in the Fourth Restatement of Foreign Relations Law”, *Yearbook of Private International Law*, n° 23, 2018, p. 143; S. DODSON, “Personal Jurisdiction in Comparative Context”, *The American Journal of Comparative Law*, 2021, p. 701; S. DOMINELLI, *Regolamento Bruxelles I bis e US jurisdiction in personam. Riflessioni e proposte su condivisioni valoriali, influenze e osmosi di metodi*, Napoli, Editoriale scientifica, 2025; A.A. EHRENZWEIG, “The Transient Rule of Personal Jurisdiction: The “Power” Myth and Forum Conveniens”, *Yale Law Journal*, 1956, p. 289; H.J. FRIENDLY, “The Historic Basis of Diversity Jurisdiction”, *Harvard Law Review*, 1928, p. 483; P. HAY, “Transient Jurisdiction, Especially over International Defendants: Critical Comments on Burnham v. Superior Court of California”, *University of Illinois Law Review*, 1990, p. 593; ID, “Product Liability: Specific Jurisdiction over Out-of-State Defendants in the United States”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2021, p. 338; ID, “American Judicial Jurisdiction Over Out-of-State Defendants Revisited”, in S. KUBIS/K.-N. PEIFER/B. RAUE/M. STIEPER (eds.), *FS Haimo Schack*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, p. 422; G.C. JR. HAZARD, “A General Theory of State-Court Jurisdiction”, *The Supreme Court Review*, 1965, p. 241; F.A. MANN, “The Doctrine of Jurisdiction in International Law”, *Recueil des cours*, T. 111, 1964, p. 9; R. MICHAELS, “Two Paradigms of Jurisdiction”, *Michigan Journal of International Law*, 2006, p. 1004; ID, “Some Fundamental Jurisdictional Conceptions as Applied in Judgments Conventions”, in E. GOTTSCHALK/R. MICHAELS/G. RÜHL/J. VON HEIN (eds.), *Conflict of Laws in a Globalized World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 36; P. NEUHAUS, “Legal Certainty versus Equity in the Conflict of Laws”, *Law & Contemporary Problems*, 1963, p. 795; A. NUSSBAUM, *Principles of Private International Law*, New York, Oxford University Press, 1943; M. REIMANN, “Jurisdiction in Product Liability Litigation: The US

PLO, and para. 4 will contextualise from a continental's perspective the role policy grounds may have in justifying adjudicative jurisdiction. This will further allow for more general reflections on the changing function and role of (adjudicative) jurisdiction in modern times in para. 5.

II. Personal jurisdiction in the US: the essentials

3. As recognised by SCOTUS in *Pennoyer*⁵, adjudicative jurisdiction is dominated by a territorial understanding of the court's power over persons: the physical presence in the territory of the sovereign sister State (coupled with a valid local service of proceedings) was, and still is, the prime head of jurisdiction (unless the defendant voluntarily appears before the court and accepts its jurisdiction⁶). Further developments are, in the end, an adaptation of such a 'tag' (or 'transient') jurisdiction that seek to cope with the greater mobility of persons in the globalised world⁷. At first, the territorial theory was developed to protect inter-State sovereignty of sovereign sister States *within* their internal relationships⁸. The transient jurisdiction rule would have avoided courts in New Jersey to have jurisdiction over persons in California that had no connection at all with the State of New Jersey. To some extent⁹, transient jurisdiction was also functional to the interests of persons in as much as it gave a degree of certainty over jurisdiction: by entering a State, a person knew that they were going to be exposed to its jurisdiction.

4. Yet, the physical presence requirement soon proved inadequate, and States adopted local legislation (long arm statutes) allowing State courts to exercise jurisdiction over out of State defendants despite the *Pennoyer* formal requirement. According to the latest case law¹⁰, long arm statutes should be divided into two main categories: those that establish jurisdiction based on the relationship (*meaningful contacts*) the defendant may have with the forum¹¹, and those that establish jurisdiction based on an implied consent to jurisdiction.

5. In *International Shoe Co.*¹², the Supreme Court approached the matter of contacts-based jurisdiction under the focal lens of the Fourteenth Amendment, that is – the due process of law. In the Court's eye, reasonable contacts may justify jurisdiction over out of State defendants. What has to be noted, though, is that the Federal Constitution does not *per se* determine rules on jurisdiction; rather, it only sets the limits of such authority¹³. This means, domestic rules determine (with a different degree of

Supreme Court Finally Turns Against Corporate Defendants", *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2022, p. 300; W.L. REYNOLDS., *Judicial Process in a Nutshell*, St. Paul, West Publishing Co., 1991; W.M. RICHMAN/W.L. REYNOLDS, *Understanding Conflict of Laws*, Newark, Lexis Nexis, 2002; C. RYNGAERT, "The Restatement and the Law of Jurisdiction: A Commentary", *European Journal of International Law*, 2021, p. 1455; H. SCHACK, *Jurisdictional Minimum Contacts Scrutinized*, Heidelberg, C.F. Müller, 1983; A.L. TRAMMEL, "A Tale of Two Jurisdictions", *Vanderbilt Law Review*, 2015, p. 501; V. VILLA, "«Contatto minimo» e competenza giurisdizionale delle corti statunitensi in materia di commercio elettronico", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2011, p. 327; A.T. VON MEHREN/D.T. TRAUTMAN, "Jurisdiction to Adjudicate: A Suggested Analysis", *Harvard Law Review*, 1966, p. 1121; R.J. WEINTRAUB, "Map Out of the Personal Jurisdiction Labyrinth", *University of California Davis Law Review*, 1995, p. 531.

⁵ See *Pennoyer v. Neff*, 95 U.S. 714 (1878) 722.

⁶ S. DODSON, "Personal Jurisdiction, Comparativism, and Ford", *Stetson Law Review*, 2002, p. 187, at p. 188.

⁷ P. HAY, *Law of the United States*, München, Beck, 2016, p. 69 f; A.T. VON MEHREN/P.L. MURRAY, *Law in the United States*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 241, qualifying the fairness approach as an 'alternative' to power theory.

⁸ See *Wedding v. Meyler*, 192 U.S. 573 (1904) 584.

⁹ On the power-based theory and 'exorbitant' heads of jurisdiction, see K.M. CLERMONT/J.R.B. PALMER, "Exorbitant Jurisdiction", *Maine Law Review*, 2006, p. 474.

¹⁰ *Mallory v. Norfolk Southern Railway Co.*, 600 U.S. (2023), on which *amplius*, S. DODSON, "The Complexities of Consent to Personal Jurisdiction", *California Law Review*, 2025, p. 333, and R. MICHALSKI, "Personal Jurisdiction's Aberrant theory of Consent", *American University Law Review*, 2025, p. 1719.

¹¹ However, on the necessity to determine the extent of contacts with the United States in general when the claim is brought before federal courts on the basis of federal law, see *Hardy v. Scandinavian Airlines Sys.*, No. 23-30632 (5th Cir. Aug. 26, 2024).

¹² *International Shoe v. State of Washington*, 326 U.S. 310 (1945).

¹³ For a critique in the identification of limits to jurisdiction based on the Fourteenth Amendment, which in historical perspec-

precision¹⁴) when State courts may have and exercise jurisdiction over non-residents, and the Federal Constitution will act as a limit to such rules¹⁵.

6. These ‘limits’ based on the Fourteenth Amendment have significantly changed over time. In *International Shoe Co.*, it was held that ‘if [a person is] not present within the territory of the forum, he [must] have certain minimum contacts with it such that the maintenance of the suit does not offend «traditional notions of fair play and substantial justice»’¹⁶. In *Helicopteros Nacionales v. Hall*¹⁷ the Supreme Court introduces a fundamental distinction between *general* and *specific* jurisdiction. Albeit excluding that *Helicopteros* was a specific jurisdiction case, it acknowledged that different types of jurisdiction may call for different criteria¹⁸. In that occasion, the Court also argued that ‘*Making purchases, negotiating a contract, or training employees in a state does not render a party automatically subject to general personal jurisdiction there*’¹⁹.

7. In the case law (on stream of commerce²⁰), the ‘minimum contact test’ became a ‘substantial connection test’; here the Court argued that ‘*The “substantial connection,” ... between the defendant and the forum State necessary for a finding of minimum contacts must come about by an action of the defendant purposefully directed toward the forum State. ... The placement of a product into the stream of commerce, without more, is not an act of the defendant purposefully directed toward the forum State*’²¹.

8. Even more recently, both for natural and legal persons, the connection test for general jurisdiction has been interpreted so as to coincide with the place where the defendant is ‘at home’, i.e. the State of domicile²² or the State of incorporation²³.

tive would have not had the aim of imposing such limits, see R.U. WHITTEN, “The Constitutional Limitations on State-Court Jurisdiction: A Historical-Interpretative Reexamination of the Full Faith and Credit and Due Process Clauses (Part II)”, *The Creighton Law Review*, 1981, p. 735, in part. p. 807; cf R.J. WEINTRAUB, *Map Out of the Personal Jurisdiction Labyrinth*, cit., p. 531.

¹⁴ See California Civil Procedure Code, rule 410.10, simply providing that ‘*A court of this state may exercise jurisdiction on any basis not inconsistent with the Constitution of this state or of the United States*’.

¹⁵ A. NUYTS, “Due Process and Fair Trial: Jurisdiction in the United States and in Europe Compared”, in R.A. BRAND (ed.), *Private Law, Private International Law & Judicial Cooperation in the EU-US Relationship*, Pittsburgh, Thomson West, 2005, p. 27, at p. 37 ff.

¹⁶ *International Shoe v. State of Washington*, 326 U.S. 310 (1945) 316.

¹⁷ *Helicopteros Nacionales v. Hall*, 466 U.S. 408 (1984).

¹⁸ *Helicopteros Nacionales v. Hall*, 466 U.S. 408 (1984), footnote 10.

¹⁹ *Helicopteros Nacionales v. Hall*, 466 U.S. 408 (1984), *primary holding*.

²⁰ On which see *amplius*, P. HAY, “Product Liability: Specific Jurisdiction over Out-of-State Defendants in the United States”, cit., p. 338.

²¹ *Asahi Metal Industry Co. v. Superior Court*, 480 U.S. 102 (1987) 112; see K. GAULKE TELLIN, “Asahi Metal Industry Co. v. Superior Court: Minimum Contacts in California Become Minimal”, *Willamette Law Review*, 1986, p. 589; E.M. MALTZ, “Unraveling the Conundrum of the Law of Personal Jurisdiction: A Comment on Asahi Metal Industry Co. v. Superior Court of California”, *Duke Law Journal*, 1987, p. 669; E.T. MOE, “Asahi Metal Industry Co. v. Superior Court: The Stream of Commerce Doctrine, Barely Alive but Still Kicking”, *Georgetown Law Journal*, 1987, p. 203; L.J. SILBERMAN, ““Two Cheers” for International Shoe (and None for Asahi): An Essay on the Fiftieth Anniversary of International Shoe”, *University of California Davis Law Review*, 1995, p. 755, and H.B. STRAVITZ, “Sayonara to Minimum Contacts: Asahi Metal Industry Co. v. Superior Court”, *South Carolina Law Review*, 1988, p. 729.

²² *Goodyear Dunlop Tires Operations, S. A. v. Brown*, 564 U.S. 915 (2011) II A. See J.N. DROBAK, “Personal Jurisdiction in a Global World: The Impact of the Supreme Court’s Decisions in Goodyear Dunlop Tires and Nicastro”, *Washington University Law Review*, 2013, p. 1707; M.H. HOFFHEIMER, “General Personal Jurisdiction after Goodyear Dunlop Tires Operations, S.A. v. Brown”, *University of Kansas Law Review*, 2012, p. 549, and C.A. PEDDIE, “Mi Casa es Su Casa: Enterprise Theory and General Jurisdiction over Foreign Corporations after Goodyear Dunlop Tires Operations, S.A. v. Brown”, *South Carolina Law Review*, 2012, p. 697.

²³ *Daimler AG v. Bauman*, 571 U.S. 117 (2014) IV B. See D.B. ADLER, „Post Daimler: Weiterhin drohende US-Gerichtspflichtigkeit ausländischer Unternehmen“, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2018, p. 286; J.M. CORNETT/M.H. HOFFHEIMER, “Good-Bye Significant Contacts: General Personal Jurisdiction after Daimler AG v. Bauman”, *Ohio State Law Journal*, 2015, p. 101; T.J. MONESTIER, “Where Is Home Depot “At Home”? Daimler v. Bauman and the End of Doing Business Jurisdiction”, *Hastings Law Journal*, 2014, p. 233; L.J. SILBERMAN, “Daimler AG V. Bauman: A New Era for Judicial Jurisdiction in the United States”, *Yearbook of Private International Law*, n. 26, 2014/2015, p. 1; Id, “The End of Another Era: Reflections on Daimler and its Implications for Judicial Restrictions in the United States”, *Lewis & Clark Law Review*, 2015,

9. Similarly, for specific jurisdiction cases, ‘some’ relevant contacts must be proven for the court to have jurisdiction, albeit, of course, the threshold cannot be as high as for general jurisdiction. In such circumstances the Court has argued that ‘*A forum may assert specific jurisdiction over a nonresident defendant where an alleged [claim] arises out of or relates to actions by the defendant himself that are purposeful directed toward forum residents, and where jurisdiction would not otherwise offend “fair play and substantial justice”*’²⁴. In other words, even *one* contact, if meaningful, may suffice to ground jurisdiction²⁵.

10. It follows from the above that jurisdiction over out of State / country defendants is grounded *i)* on the physical presence of the defendant who is served a summons to court; *ii)* on the consent to jurisdiction that may even be reconstructed by long arm statutes²⁶; whereas in other cases *iii.a)* general jurisdiction is for the court of the place where the defendant is ‘at home’; and *iii.b)* specific jurisdiction is based on the quantity and quality of the connection the defendant has with the forum, taking stock of all the private and public interests to assess the ‘fair play’.

11. What also follows is as equally fundamental: the US system distinguishes between subject matter jurisdiction, that is the authority of a court to decide a specific type of claims, and personal matter jurisdiction, that is the power of a given court to decide a case involving a specific person²⁷. The due process clause in the Fourteenth Amendment on *State* jurisdiction has consolidated that idea that subject matter jurisdiction alone does not suffice: personal jurisdiction requires a valuable contact between the forum and the defendant for the court to hear the case. Even more importantly, State courts are courts of general jurisdiction, in the sense that they have subject matter jurisdiction unless otherwise provided, while federal courts are courts of limited subject matter jurisdiction, in the sense that if their competence is not expressly to be found in either the federal Constitution or in specific acts, by default they do not have subject matter jurisdiction²⁸.

III. *Fuld v. PLO*: the reasoning of the Court

12. Before *Fuld v. PLO*, SCOTUS²⁹ only investigated the limits of due process on *State jurisdiction* over out of State / country defendants³⁰. Limits for federal courts was a question left open³¹, even though there was a general understanding that the Fifth Amendment also required some degree of connection with the federation for federal jurisdiction to comply with the relevant due process clause³².

p. 675, and V. WINSHIP, “Personal Jurisdiction and Corporate Groups: Daimler Chrysler AG v Bauman”, *Journal of Private International Law*, 2013, p. 431.

²⁴ Burger King Corp. v. Rudzewicz, 471 U.S. 462 (1985) 463; Bristol-Myers Squibb Co. v. Superior Court of California, 582 U.S. (2017), II-A.

²⁵ P.J. STEPHENS, “The Single Contract as Minimum Contacts: Justice Brennan “Has it His Way””, *William & Mary Law Review*, 1986, p. 89.

²⁶ See in the previous case law Hess v. Pawloski, 274 U.S. 352 (1927), where the domestic legislation inferred consent to jurisdiction (and allowed for substituted local service) based on the use of the highways.

²⁷ L.L. MACDOUGAL III/R.L. FELIX/R.U. WHITTEN, *American Conflicts Law*, 5th ed., Ardsley, Transnational Publishers, 2001, p. 5 f.

²⁸ *Ex multis*, W.M. RICHMAN/W.L. REYNOLDS, *Understanding Conflict of Laws*, cit., p. 17

²⁹ At the lower level on due process and the Fifth Amendment, see Hardy v. Scandinavian Airlines Sys., No. 23-30632 (5th Cir. Aug. 26, 2024), cit.

³⁰ *Fuld v. Palestine Liberation Organization*, 606 U.S. (2025) 7.

³¹ Bristol-Myers Squibb Co. v. Superior Court of California, 582 U.S. (2017). See in the case, also avoiding to answer the question of due process limits in the Fifth Amendment, Stafford v. Briggs, 444 U.S. 527 (1980). In their dissenting opinion, *JJ Stewart and Brennan*, at 554, however addressed the question ‘importing’ a relaxed reasonability test based on *International Shoe*.

³² See P. HAY/P.J. BORCHERS/S.C. SYMEONIDES/C.A. WHYTOCK, *Conflict of Laws*, St. Paul, West Academic Publishing, 2018, p. 446, noting that often a reference to the Fourteenth Amendment is the assertion of federal jurisdiction was also determined by the fact that usually federal courts have the same jurisdiction reach of State courts (i.e. they have jurisdiction over persons subject to the jurisdiction of a court of general jurisdiction in the State where the district court is located (Federal rule of civil procedure 4(k)(1))). See also W.M. RICHMAN/W.L. REYNOLDS, *Understanding Conflict of Laws*, cit., p. 94. Critical on the point, S.E. SACHS, “The Unlimited Jurisdiction of the Federal Courts”, *Virginia Law Review*, 2020, p. 1703, at p. 1705.

13. In the case hand, whereas the 18 U.S. Code § 2333 recognises that any US national has a right to seek compensation for damages related to terroristic activities, § 2334 provides federal courts with jurisdiction in as much as it establishes that ‘*Any civil action under section 2333 ... against any person may be instituted in the district court of the United States for any district where any plaintiff resides ...*’. Furthermore, ‘*a defendant shall be deemed to have consented to personal jurisdiction in such civil action if ... makes any payment, directly or indirectly*’ to imprisoned terrorist or if they ‘*conduct any activity while physically present in the United States on behalf of the Palestine Liberation Organization or the Palestinian Authority*’. A first reading of the rule already points to a high complexity of the case: the previous case law on State jurisdiction has usually focused on either a general or a specific jurisdiction. However, this dichotomy appears to be unsuited to approach the rules at hand, as they are at the cross-roads of general and specific jurisdiction since they ground jurisdiction of US courts on contacts that are not related to a specific claim arising in the forum (that is, a general jurisdiction feature) and allow only claims under the anti-terrorist act (thus paving the way to a specific jurisdiction only)³³.

14. The Court begins by distinguishing the scope (and limits) of the Fifth and Fourteenth Amendments: it is stressed that the last one, upon which the minimum contacts theory absent consent was developed, also aims at the protection of inter-State (federal) interests and constitutional prerogatives³⁴. Such underlying interests are not transposed in the context of the Fifth Amendment, as the Federal Government in its international relations has no such constitutional limits and behaves as a sovereign. In other words, whereas sovereign sister States in their internal relations are limited by the due process clause, the Federal Government is not limited in its extra-territorial powers in the same terms³⁵. Hence, the different underlying interests and policies behind the two provisions do not allow for a transposition of the minimum contacts theory *sic et simpliciter* into the domain of the ‘federal’ due process³⁶.

15. This means, from a conceptual standpoint, the due process test of the Fifth Amendment is still an empty blackboard that has to be entirely designed by the Court. Of course, one would have at this point expected a clear – autonomous – analysis of the due process requirement under the Fifth Amendment. With some degree of disappointment, the Court neither offers a clear theoretical benchmark that could contribute to the development of a general theory, nor does the Court offer a truly autonomous approach in the specific case.

16. Even though the Court has been requested by petitioners to declare that the due process clause in the Fifth Amendment does not impose any territorial limit to personal jurisdiction³⁷, (thus: no consent and no minimum contact theory), following a request by the Federal Government, the Court refuses to give an answer on the matter since ‘*the theory is “not easily confirmed as a historical matter,” and points to “strong policy reasons . . . against reaching” it, including the possibility that other nations might respond in kind by haling Americans into their courts under expansive theories of jurisdiction*’³⁸. To some extent, this approach in the context of the Fifth Amendment seems to diminish the individuals’ rights perspective of the due process clause to reinforce its sovereignty element³⁹.

17. The vagueness of the Court’s answer begins as it argues that it is not necessary to develop a general theory on the outer limits of the Fifth Amendment’s due process since such limits ‘are clearly’ not surpassed by the scrutinized rules⁴⁰. In the Court’s eye, the abovementioned rule ‘*ties federal jurisdiction to conduct closely related to the United States that implicates important foreign policy concern-*

³³ Cf A.D. SIMOWITZ, “Federal Personal Jurisdiction and Constitutional Authority”, cit., p. 351.

³⁴ Fuld v. Palestine Liberation Organization, 606 U.S. (2025) 10.

³⁵ Fuld v. Palestine Liberation Organization, 606 U.S. (2025) 11.

³⁶ Fuld v. Palestine Liberation Organization, 606 U.S. (2025) 12.

³⁷ Fuld v. Palestine Liberation Organization, 606 U.S. (2025) 14.

³⁸ Fuld v. Palestine Liberation Organization, 606 U.S. (2025) 14.

³⁹ Cf P. HAY/P.J. BORCHERS/S.C. SYMEONIDES/C.A. WHYTECK, *Conflict of Laws*, 2018, cit., p. 448 f.

⁴⁰ Fuld v. Palestine Liberation Organization, 606 U.S. (2025) 15.

s'⁴¹. In other words: there are enough 'minimum contacts' to simply not deal with the question. In fact, the Court expressly writes that '*We agree with the Government that we need not address the private petitioners' unbounded jurisdictional theory today. The [rule] ties federal jurisdiction to conduct closely related to the United States that implicates important foreign policy concerns*'⁴².

18. In justifying the constitutional validity of the rules at hand, the Court argues that subjecting PLO to US jurisdiction is the result of a reasoned political choice that is part of a wider fight against terrorism which, due to the political value of the choice, deserves special deference by magistrates⁴³. Furthermore, the limited material scope of application of the substantive rule and the associated head of jurisdiction, coupled with their functional nature to protect fundamental national interests, leads the Court to argue that the rules in general are also reasonable⁴⁴. These reasonable ties make a further consent-based investigation unnecessary⁴⁵.

19. So, according to the opinion of Court, *i*) the Fourteenth Amendment test does not apply mechanically in the context of the Fifth Amendment; *ii*) the question whether the Fifth Amendment requires a personal territorial connection remains formally unanswered, as the analysis was unnecessary in the case at hand due to the evident sufficient connections with the United States; *iii*) the question on consent also remains unanswered as jurisdiction is already justified by the existence of significant connection with the US and with US policies.

20. Of course, neither of the above questions truly remains unanswered; the answers may not be clearly framed – but they are surely there.

21. The *International Shoe Co.* progeny dealt with long arm statutes absent consent under the Fourteenth Amendment. *Fuld v. PLO* does exactly the same in the context of the Fifth Amendment. *International Shoe Co.* required the forum to have certain contacts, ties or relations *against an individual*. *Fuld v. PLO* assumes that rules concerning damage actions against terrorists reasonably tie *jurisdiction* to the Nation. In other words, even in the context of the Fifth Amendment, a minimum contact is enough to comply with constitutional requirements.

22. What evidently changes under the hat of the Fifth Amendment is the subjective test in these contacts. In the *International Shoe Co.* progeny, personal jurisdiction based on contacts required an underlying behavioural pattern: the contacts where an objective tool to prove that the defendant had purposefully availed themselves of a State, thus 'exposing' themselves to its forum and making it fair for that court to decide a case against the defendant. In *Fuld v. PLO* this individual 'purposeful availment' is lost⁴⁶, and the reasonable forum's interests become predominant.

23. Hence, if the question in *Fuld v. PLO* was whether the '*Congress's power to prescribe and to allocate subject matter jurisdiction is coextensive with the federal courts' power to exercise personal jurisdiction*'⁴⁷, meaning that subject matter jurisdiction may not necessarily require a strong personal matter jurisdiction, the answer is quite remarkable: the existence of certain reasonable connections strongly focused on the forum's interests are sufficient to comply with an unspoken constitutional standard of the Fifth Amendment.

⁴¹ *Fuld v. Palestine Liberation Organization*, 606 U.S. (2025) 14.

⁴² *Fuld v. Palestine Liberation Organization*, 606 U.S. (2025) 14.

⁴³ *Fuld v. Palestine Liberation Organization*, 606 U.S. (2025) 15 f.

⁴⁴ *Fuld v. Palestine Liberation Organization*, 606 U.S. (2025) 17.

⁴⁵ *Fuld v. Palestine Liberation Organization*, 606 U.S. (2025) 19 f. Critical on the choice not to deal with an analysis of consent, R. MICHALSKI, "Personal Jurisdiction's Aberrant theory of Consent", cit., p. 1722.

⁴⁶ M. GARNER, "Supreme Court Decides *Fuld v. PLO*", *Transnational Litigation Blog*, blogpost 20 June 2025.

⁴⁷ M. GARNER, "Unpacking the Originalist Argument for Maximalist Personal Jurisdiction", *Transnational Litigation Blog*, blogpost 17 July 2025.

24. Against this background, the concurring position by *J Thomas* is particularly interesting⁴⁸, in as much as he argues that foreign political (both sovereign and non-sovereign) entities – such as foreign States or the PLO – do not enjoy constitutional rights and, thus, are not protected by the Fifth Amendment in the first place⁴⁹. Even more, *J Thomas* argues that the Constitution never intended to limit the powers of the Government in establishing extra-territorial jurisdiction. Such limits, if existing, are to be drawn from public international law, which – in the US system – can be defeated by a clear command of the legislative power⁵⁰. An argument that, at the very least, the Court did not explicitly reject nor approved, plausibly also because of the request by the Federal Government not to take a position on the matter for the time being. Which is something the Court has brilliantly done: it has not ruled out the possibility of arguing for a limitless extra-territorial personal jurisdiction, and has offered legal reasonings to adopt such a theory in the future.

IV. A continental view on extra-territorial adjudicative jurisdiction and fair play

25. Continental civil lawyers are not necessarily accustomed with notions of ‘contacts’ and ‘fair play’⁵¹ as such approaches may lead to arbitrariness⁵² and uncertainty in the determination of the competent court⁵³. EU law rules in the framework of the Brussels I bis Regulation⁵⁴ on jurisdiction are supposedly more rigid, and – as a matter of principle – the exercise of jurisdiction is mandatory and not subject to case-by-case evaluations by the court⁵⁵. Such rigidity, seeking to implement a number of

⁴⁸ M. GARDNER, “Unpacking the Originalist Argument for Maximalist Personal Jurisdiction, Part IV: Picquet v. Swan”, *Transnational Litigation Blog*, blogpost 12 August 2025.

⁴⁹ *Fuld v. Palestine Liberation Organization*, 606 U.S. (2025), per *J Thomas concurring*, 5.

⁵⁰ *Fuld v. Palestine Liberation Organization*, 606 U.S. (2025), per *J Thomas concurring*, 11.

⁵¹ P.J. BORCHERS, “Comparing Personal Jurisdiction in the United States and the European Community: Lessons for American Reform”, *The American Journal of Comparative Law*, 1992, p. 121; TH.M. DE BOER, “Forum Preferences in Contemporary European Conflicts Law: The Myth of a ‘Neutral Choice’”, in H.-P. MANSSEL/T. PFEIFFER/H. KRONKE/C. KOHLER/R. HAUSMANN (eds.) *FS Erik Kayme*, München, Sellier, 2004, p. 39; U. DROBNIG, “Conflict of Laws and the European Economic Community”, *The American Journal of Comparative Law*, 1966, p. 204; P. HAY, “Flexibility versus Predictability and Uniformity in Choice of Law. Reflections on Current European and United States Conflicts Law”, *Recueil des cours*, T. 226, p. 291; F.K. JUENGER, “American and European Conflicts Law”, *The American Journal of Comparative Law*, 1982, p. 117; J.R. MAXEINER, “Legal Certainty: A European Alternative to American Legal Indeterminacy?”, *Tulane Journal of International & Comparative Law*, 2007, p. 541; A. NUYTS, “Due Process and Fair Trial: Jurisdiction in the United States and in Europe Compared”, cit., p. 27; E. VITTA, “The Impact in Europe of the American ‘Conflicts Revolution’”, *The American Journal of Comparative Law*, 1982, p. 1; A.T. VON MEHREN, “Adjudicatory Jurisdiction: General Theories Compared and Evaluated”, *Boston University Law Review*, 1983, p. 279; ID., “Theory and Practice of Adjudicatory Authority in Private International Law: A Comparative Study of the Doctrine, Policies and Practices of Common- and Civil Law Systems”, *Recueil des cours*, T. 295, p. 181.

⁵² Cf *International Shoe v. State of Washington*, 326 U.S. 310 (1945) 326, per *J Black dissenting* (‘For application of this natural law concept, whether under the terms “reasonableness,” “justice,” or “fair play,” makes judges the supreme arbiters of the country’s laws and practices’).

⁵³ *Ex multis*, G. SCHACK, *Internationales Zivilverfahrensrecht mit internationalem Insolvenzrecht und Schiedsverfahrensrecht*, München, Beck, 2021, p. 190, rn. 509.

⁵⁴ Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), *OJ L* 351 of 20 December 2012, p. 1; in the case law, see Judgment of the Court (Grand Chamber) of 1 March 2005, *Andrew Owusu v N. B. Jackson, trading as “Villa Holidays Bal-Inn Villas” and Others*, Case C-281/02, ECLI:EU:C:2005:120.

⁵⁵ On *forum non convenience*, see A. ARZANDEH, “The Origins of the Scottish *forum non conveniens* Doctrine”, *Journal of Private International Law*, 2017, p. 130; ID., “Should the *Spiliada* Test Be Revised?”, *Journal of Private International Law*, 2014, p. 89; E. BALDI, “The Resurgence of the *Forum Non Conveniens* Doctrine in the English (post-Brexit) Jurisprudence with Respect to Transnational Litigation for Corporate Human Rights Violations: The *Dyson* Case”, *Diritti umani e diritto internazionale*, 2024, p. 207; M. BANDERA, “La sentenza *Owusu*, il *forum non conveniens* e i conflitti di giurisdizione tra Stati membri e Stati terzi”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, p. 1025; R.A. BRAND, “Challenges to *Forum Non Conveniens*”, *New York University Journal of International Law & Politics*, 2013, p. 1003; N. BRANNIGAN, “Resolving Conflicts: Establishing *forum non conveniens* in a new Hague Jurisdiction Convention”, *Journal of Private International Law*, 2022, p. 83; A. BRIGGS, “The Death of *Harrods*: *Forum non conveniens* and the European Court”, *Law Quarterly Review*, 2005, p. 535; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “*Forum non conveniens* auf europäische Art: ein misslungener Dialog”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2022, p. 345; M.A. LUPOLI, “L’ultima spiaggia del *forum non conveniens* in Europa?”, *Il Corriere Giuridico*, 2006, p. 15; C.M. MARIOTTINI, “The Proposed Recast of the Brussels I Regulation and *forum non conveniens* in the

principles, amongst which predictability of the competent court and justice⁵⁶, translates in the adoption of a main rule inspired by the *actor sequitur forum rei*⁵⁷ doctrine and in a number of alternative or special rules that complement the first.

26. EU rules incorporate a close connection that, in the eye of the EU lawmaker, balances proximity and due process⁵⁸. Yet, as is well known, such rules generally have a limited personal scope of application: the Brussels I bis Regulation mostly does not apply to non-EU defendants (*i.e.*, defendants without their domicile in a Member State) which might thus still be haled before courts based on domestic (even exorbitant) heads of jurisdiction.

27. As is also widely well known, such a regime based on the ‘European domicile’⁵⁹ is showing its weaknesses when approached under the focal lens of (quasi) extra-territorial EU laws or, better yet, rules whose territorial scope of application is expanded⁶⁰. The issue is quite evident: EU law may regu-

European Union Judicial Area”, in F. POCAR/I. VIARENGO/F.C. VILLATA (eds.), *Recasting Brussels I*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 285; F. MARONGIU BUONAIUTI, “Forum non conveniens e art. 6 della convenzione europea dei diritti dell’uomo”, *Rivista di diritto internazionale*, 2001, p. 420; I. QUEIROLO, “Forum non conveniens e convenzione di Bruxelles: un rapporto possibile?”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1996, p. 763; A. REUS, “Judicial Discretion: A Comparative View of the Doctrine of Forum Non Conveniens in the United States, the United Kingdom, and Germany”, *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review*, 1994, p. 455; see also G. VAN CALSTER, “Lis Pendens and Third States: The Origin, DNA and Early Case-Law on Articles 33 and 34 of the Brussels Ia Regulation and its “forum non conveniens-light” Rules”, *Journal of Private International Law*, 2022, p. 363, and S. MARINO, “Lis pendens and related Actions in European Union Private International Law on Family Property Issues”, *Lex&Forum*, 2024, p. 549.

⁵⁶ Critical as per the principle of procedural equal treatment of the parties, T. PFEIFFER, *Internationale Zuständigkeit und prozessuale Gerechtigkeit: die internationale Zuständigkeit im Zivilprozess zwischen effektivem Rechtsschutz und nationaler Zuständigkeitspolitik*, Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann, 1995, p. 596 ff. See also J.P. VERHEUL, *The Forum Actoris and International Law*, in *Essays on International and Comparative Law in Honour of Judge Erades*, The Hague, Springer, 1983, p. 196.

⁵⁷ *Amplius*, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Foro del domicilio del demandado y Reglamento Bruselas ‘I-bis’ 1215/2012”. *Análisis crítico de la regla actor sequitur forum rei*, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, p. 112.

⁵⁸ L. FUMAGALLI, “Criteri di giurisdizione in materia civile e commerciale e rispetto dei diritti dell’uomo: il sistema europeo e la garanzia del “due process””, *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 567.

⁵⁹ Specifically on jurisdiction, see A. DUTTA, “Internationale Zuständigkeit für privatrechtliche Klagen gegen transnational tätige Unternehmen wegen Verletzung von Menschenrechten und von Normen zum Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen im Ausland”, in A. REINISCH/S. HOBE/E.M. KIENINGER/A. PETERS (eds.), *Unternehmensverantwortung und Internationales Recht*, Heidelberg, C.F. Müller, 2020, p. 39; N. KRISCH, “Entgrenzte Jurisdiktion: Die extraterritoriale Durchsetzung von Unternehmensverantwortung”, in *idem*, p. 11; S. MARINO, “La climate change litigation nella prospettiva del diritto internazionale privato e processuale”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2021, p. 898; P. MANKOWSKI, “Einleitung (C. Internationales Prozess- und Privatrecht, internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht)”, in H. FLEISCHER/P. MANKOWSKI (eds.), *LkSG Kommentar*, München, Beck, 2023, p. 72; F. MARONGIU BUONAIUTI, “L’incidenza della disciplina della giurisdizione nelle azioni nei confronti delle società multinazionali per danni all’ambiente sul diritto di accesso alla giustizia”, *Ordine internazionale e diritti umani*, 2023, p. 634; R. MICHAELS/A. SOMMERFELD, “EU-Lieferketten-Richtlinie und internationale Zuständigkeit”, in C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSER/A. WUDARSKI (eds.), *GS Peter Mankowski*, München, Mohr Siebeck, 2024, p. 775; N. PERRONE, “Perspectives of Extraterritorial Jurisdiction for Environmental Damage in the Proposal of the European Directive on Corporate Sustainability Due Diligence”, *The Italian Review of International and Comparative Law*, 2023, p. 389; M. LA MANNA, “Residual Jurisdiction under the Brussels I bis Regulation: An Unexpected Avenue to Address Extraterritorial Corporate Human Rights Violations”, in S. FORLATI/P. FRANZINA (eds.), *Universal Civil Jurisdiction. Which Way Forward?*, Leiden, Brill, 2021, p. 140.

⁶⁰ On the topics, see J. SCOTT, “Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law”, *The American Journal of Comparative Law*, 2014, p. 87; A.J. COLANGELO, “What Is Extraterritorial Jurisdiction”, *Cornell Law Review*, 2014, p. 1303; H.L. BUXBAUM/T. FLEURY GRAFF (eds.), *Extraterritoriality*, Leiden, Brill, 2022; A. HEMLER, “Deconstructing Blocking Statutes: Why Extraterritorial Legislation Cannot Violate the Sovereignty of Other States”, *Journal of Private International Law*, 2025, p. 115; H.L. BUXBAUM (ed.), *Extraterritoriality in Comparative Perspective*, Leiden, Brill, 2025; M. CREMONA/J. SCOTT (eds.), *EU Law Beyond EU Borders: The Extraterritorial Reach of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2019; F. MAOLI, “Flights Partially Performed Outside the Territory of Member States, Compensation Rights and Customary International Law: The Court of Justice of the European Union in C-561/20 United Airlines”, in B. HEIDERHOFF/I. QUEIROLO (eds.), *EU and Private International Law: Trending Topics in Contracts, Successions, and Civil Liability*, Napoli, Editoriale scientifica, 2023, p. 117; S. DOMINELLI, “Extra-territorialità e diritto dell’Unione europea: letture e conferme di approcci a margine della sentenza della Corte di giustizia nell’affare United Airlines C-561/20”, *Il diritto marittimo*, 2024, p. 846; A. BONFANTI/M. FASCIGLIONE, “La futura direttiva europea sulla corporate sustainability due diligence: un’introduzione”, *Diritti umani e diritto internazionale*, 2023, p. 655; N. BOSCHIERO, “L’extraterritorialità della futura direttiva europea sul dovere di diligenza delle imprese ai fini della

late events located abroad and conducts by non-EU actors that, due to their value chain, may have an impact on the EU market. If no rule on jurisdiction makes it possible to start proceedings in a member State against those entities, it is simply much likely that EU law will not be applied. Not by courts of member States, who may not have jurisdiction over foreign defendants (unless grounded on domestic heads of jurisdiction), nor by foreign courts (who are not bound by EU law and may apply their own laws).

28. From a continental's perspective, *Fuld v. PLO* exactly deals with the relationship between (quasi) extra-territorial *prescriptive* jurisdiction and (quasi) extra-territorial *adjudicative* jurisdiction. Evidently, the proper qualification of what is 'extra' becomes fundamental. It has been argued that extra-territoriality is when '... one country (the regulating country) seeks to control activity that is, in whole or in part, located in another country (the source country) but that nonetheless has important effects within the regulating country'⁶¹. In public international law, the legitimacy benchmark – if any at all – was set by the Permanent Court of International Justice in the *Lotus* case, where it was argued that 'It does not [...] follow that international law prohibits a State from exercising jurisdiction in its own territory, in respect of any case which relates to acts which have taken place abroad ...'⁶².

29. Without doubts, States are allowed to regulate and adjudicate conducts and events that are fully localised within their own borders. At the same time, under international law, it is generally accepted that States are *prohibited* from extra-territorial *enforcement*, whilst are *not prevented* from regulating events and conducts that take place abroad, albeit some argue that this would be inconsistent with the non-interference principle in public international law⁶³. The Permanent Court of International Justice has argued that international law (as it then was) did not lay 'down a general prohibition to the effect that States may not extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, properties and acts outside their territory ... [International law] leaves them in this respect a wide measure of discretion which is only limited in certain cases by prohibitive rules'⁶⁴. A passage that may implicitly require the existence of some sort of connection between the State and the foreign activity for the extra-territorial reach to be acceptable⁶⁵.

30. In light of this benchmark, what is sure is that the greater the connection a legal system has with foreign conducts and events, the easier it will be to escape the box of extra-territoriality and enter that of 'extended territorial application'. *Fuld v. PLO* does exactly this in as much as it argues that there are significant connections with the United States. What is of general interest, is that these connections – which make the exercise of jurisdiction reasonable – strongly rely on foreign policy interests of the United States, *i.e.* the fight against terrorism.

31. In a comparative conflict of laws perspective, the question becomes whether other States (or the EU) could also so strongly rely on policy grounds to justify jurisdiction. Surely enough in *Fuld v. PLO* there were also *some* objective elements, such as the US nationality of the victims. Yet, the

sostenibilità, tra diritto internazionale pubblico e privato", *idem*, p. 661; G. CARELLA, "Art. 19 della risoluzione dell'Institut de Droit International su Human Rights and Private International Law: attuazione della responsabilità sociale d'impresa e diritto internazionale privato", *idem*, p. 169; R. GRECO, "Corporate Human Rights Due Diligence and Civil Liability: Steps Forward Towards Effective Protection?", *idem*, p. 5; O. BOSKOVIC, "Extraterritoriality and the Proposed Directive on Corporate Sustainability Due Diligence. A Recap", *Journal of Private International Law*, 2024, p. 117; G. RÜHL, "Cross-Border Protection of Human Rights: The 2021 German Supply Chain Due Diligence Act", in J. BORG-BARTHET/K. TRIMMINGS/, B. YÜKSEL RIPLEY/P. ZIVKOVIC (eds.), *GS Jonathan Fitcher*, London, Hart, 2024, p. 163; C.E. TUO, "Rimedi per abusi di diritti umani da parte delle imprese: profili di diritto internazionale privato", in F. MARRELLA/C. MASTELLONE (eds.), *International Business Contracts and Sustainability*, Pisa, Pacini, 2024, p. 101.

⁶¹ D.P. WOOD, "Extraterritorial Enforcement of Regulatory Laws", *Recuei. des cours*, T. 401, 2019, p. 9, at p. 17 f.

⁶² Permanent Court of International Justice, *The Case of the S.S. "Lotus"*, Series A, N. 10, 7 September 1927, p. 19.

⁶³ J. CRIDDLE, "Extraterritoriality's Empire: How Self-Determination Limits Extraterritorial Law Making", *The American Journal of International Law*, 2024, p. 607.

⁶⁴ Permanent Court of International Justice, *The Case of the S.S. "Lotus"*, Series A, N. 10, 7 September 1927, p. 19.

⁶⁵ M.T. KAMMINGA, "Extraterritoriality", in *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Volume III*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 1070, at p. 1072.

question remains: can rules on jurisdiction find their main reason in the desire to implement a highly politically-oriented national legislation? SCOTUS apparently had little doubts about that. If this is true, and if this approach is valid for everyone, the European Union could ‘couple’ (quasi) extra-territorial laws with corresponding heads of jurisdiction (e.g., a *forum actoris*) – the main limit being here a traditional deference to the *actor sequitur forum rei* principle.

V. Conclusions: the changing nature of jurisdiction

32. Setting aside constitutionally relevant questions, in conflict of laws terms *Fuld v. PLO* is a clear indication that subject matter jurisdiction is sufficiently justified when it implements specific policy goals (the fight against terrorism) and is necessary to implement (quasi) extra-territorial laws (the right of US nationals to ask for damages related to terrorism) in matters closely connected with the country.

33. Taking account of the above, *Fuld v. PLO* seems to reinforce the *Lotus* paradigm of territorial jurisdiction and becomes an additional piece of a complex picture of current State practice in whose light it could be argued that post-*Lotus* international law still has not developed clear, express and specific limits on excessively weak connections to ground and exercise adjudicative jurisdiction. Even more so, *Fuld v. PLO* reinforces the idea that (quasi) extra-territorial laws with strong underlying policy goals need to be coupled with heads of jurisdiction so as to ensure domestic courts can hear cases against out of State defendants. A lesson – and a methodological validation – that could be useful to the European Union as well.

34. Additionally, *Fuld v. PLO* seems to confirm that ‘something is changing’. ‘Jurisdiction’ is changing. Or, at least, our most recent conceptualization of its functions is changing – perhaps involving.

35. The rise of party autonomy in contractual and non-contractual matters can be understood as an acceptance, by States, of a specific function for their adjudicative jurisdiction, whose main aim in such areas is to settle disputes, rather than enforce domestic policies⁶⁶. *Fuld v. PLO* seems to confirm the – opposite – idea that States, once again, see adjudicative jurisdiction not as a neutral tool at the disposal of the parties, but as an instrument to promote and pursue public goals. A circumstance which *per se* is not necessarily positive or negative, so long it is accepted that the role and function of adjudicative jurisdiction is not engraved and immutable, but is rather something fluid that adapts over time⁶⁷. What remains to be seen is whether, on the continental side, topics like corporate social responsibility or SLAPPs may weaken or reinforce the conceptualisation of international civil procedure as a tool to

⁶⁶ On a new understanding of jurisdictional functions without the traditional public vision, see I. QUEIROLO, *Gli accordi sulla competenza giurisdizionale*, Padova, CEDAM, 2000, p. 39 ff; S.M. CARBONE, *Gli accordi sulla competenza giurisdizionale: i risultati e le prospettive di sviluppo*, in V. COLESAITI/C. CONSOLO/G. GAJA, F. TOMMASEO (prom.), *Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale. Omaggio ad Aldo Attardi*, Tomo I, Padova, CLEUP, 2009, p. 363, at p. 363, and F.C. VILLATA, *L'attuazione degli accordi di scelta del foro nel regolamento Bruxelles I bis*, Milano, CEDAM, 2012, p. 3 ff. Also clearly noting a tendency of some legal systems to acknowledge that adjudicative jurisdiction is not necessarily seen as tool that must be exercised in all circumstances, P. FRANZINA, “The Changing Face of Adjudicatory Jurisdiction”, in S. FORLATI/P. FRANZINA (eds.), *Universal Civil Jurisdiction. Which Way Forward?*, Leiden, Brill, 2021, p. 170, at p. 174 f. On the evolution of party autonomy, see also A.E. VON OVERBECK, “L’irrésistible extension de l’autonomie en droit international privé”, in *FS François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 619.

⁶⁷ See N. PICARDI, “Giurisdizione e sovranità: alle origini della giurisdizione statale”, in V. COLESAITI/C. CONSOLO/G. GAJA/F. TOMMASEO (prom.), *Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale. Omaggio ad Aldo Attardi*, Tomo I, Padova, CLEUP, 2009, p. 3, at p. 5 f writing that: ‘La giurisdizione, in effetti, ha assunto, nel tempo e nello spazio, significati e valori diversi. Ripercorrendone la storia ci rendiamo conto che tale nozione, come del resto le istituzioni giudiziarie in genere, non sono creazioni arbitrarie, ma il risultato della razionalità umana e delle circostanze particolari nelle quali essa opera in concreto. Per cogliere il senso delle profonde trasformazioni che, soprattutto nella nostra epoca, si sono prodotte al riguardo, occorre, quindi, ripensare i problemi utilizzando dialetticamente il metodo storico e comparativo, metodo che ci consente di mettere in discussione certezze che sembrano definitivamente acquisite [...]’.

enforce State interests and, consequently, prove that international civil procedure is one of the available instruments which may support and promote social change accordingly⁶⁸.

36. Of course, and to conclude, there is a pressing urgency in determining the causes and consequences of a new (or maybe old) understanding of the judicial function supporting domestic approaches favouring policy-oriented heads of jurisdiction. Such urgency derives from the need to clarify if and to what extent the ‘final product’ – the judgment – may be recognised and enforced in other States. If it is assumed that the court has an excessively weak connection with the defendant, it is also clear that the judgment will have to be enforced in another legal system – most likely at the place of their domicile, where the assets will be located. As is well known, absent specific regimes of strong cooperation (as in the EU), domestic laws⁶⁹ and international⁷⁰ conventions may allow for a revision as to the jurisdiction of the court of origin⁷¹. Evidently, if the requested State disagrees with the conceptualization of the jurisdictional function *lato sensu* and with the heads of jurisdiction *stricto sensu* of the court of origin, the foreign decision will simply not be recognised, leading to a scenario of limping situations and disharmonised solutions from a conflict of laws perspective⁷². Hence, from a pragmatic perspective, it seems that the subsequent question of free movement of decisions may unlock a general debate on heads of jurisdiction, proximity and policy goals – possibly even more so that these topics directly.

⁶⁸ *Ex multis*, on strategic use of litigation P. FRANZINA, “Il contenzioso civile transnazionale sulla “corporate accountability””, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2022, p. 828.

⁶⁹ On the US system, see P. HAY/C.A. KERN, *US-Amerikanisches Recht*, München, Beck, 2024, p. 98; W.M. RICHMAN/W.L. REYNOLDS, *Understanding Conflict of Laws*, cit., p. 16; L.L. MACDOUGAL III/R.L. FELIX/R.U. WHITTEN, *American Conflicts Law*, cit., p. 41 ff. In domestic law, *cf* for Italy Legge 31 maggio 1995, n. 218 *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in GU n.128 del 03-06-1995 - Suppl. Ordinario n. 68, art. 64, lettera a); in Germany, *cf* § 328 ZPO, and § 109 FamG. In general, see *ex multis* H. SHACK, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, München, 9. Auflage, 2025, p. 367 ff.

⁷⁰ *Cf* Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters, art. 5.

⁷¹ On prohibition to review the jurisdiction of the court of origin under specific regulations of EU law, *cf* S.M. CARBONE/C.E. TUO, *Il nuovo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Il Regolamento UE n. 1215/2012*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 350 ff; F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (UE) n.1215/2012 (rifusione)*, Milano, Wolters Kluwer, 2015, p. 334 ff; T. DOMEJ, “Recognition and Enforcement of Judgments (Civil Law)”, in J. BASEDOW/G. RÜHL/P. DE MIGUEL ASENSIO (eds.), *Encyclopedia of Private International Law, Volume II*, Cheltenham, Edward Elgar, 2017, p. 1471; P. MANKOWSKI, “Article 45”, in U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *ECPIL, Volume I, Brussels Ibis Regulation*, Köln, Otto Schmidt, 2023, p. 842; C.E. TUO, *La rivalutazione della sentenza straniera nel regolamento Bruxelles I: tra divieti e reciproca fiducia*, Milano, CEDAM, 2012; C. RICCI, “Article 39. Prohibition of Review of Jurisdiction of the Court of Origin”, in I. VIARENGO/P. FRANZINA (eds.), *The EU Regulations on the Property Regimes of International Couples*, Cheltenham, Edward Elgar, 2020, p. 360; I. QUEIROLO, S. DOMINELLI, “Article 69”, in U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *ECPIL, Volume IV, Brussels IIter Regulation*, Köln, Otto Schmidt, 2023, p. 507.

⁷² *Mutatis mutandis*, for a colonialist reading of domestic provisions that subordinate the legal value of foreign acts to the circumstance that the foreign authority had to be competent under the rules of the requested State, see A.L. CALVO CARAVACA, “Mutual Recognition as a Method in European Private International Law”, in C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSSEL/A. WUDARSKI (eds.), *GS Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, p. 101, at p. 105.

Inteligencia artificial y derechos humanos de las mujeres y las niñas: sesgos, desafíos y oportunidades a la luz del Derecho Internacional

Artificial intelligence and Human Rights of women and girls: biases, challenges and opportunities viewed from International Law

DOROTHY ESTRADA TANCK

*Profesora Permanente Laboral de Derecho Internacional Público
y Relaciones Internacionales
Universidad de Murcia*

Recibido: 12.01.2026 / Aceptado: 12.02.2026

DOI: 10.20318/cdt.2026.10288

Resumen: El artículo examina críticamente el impacto de la inteligencia artificial (IA) sobre los derechos humanos de mujeres y niñas en un escenario global marcado por retrocesos en la igualdad de género. Analiza cómo los sistemas de IA reproducen y amplifican sesgos y riesgos de género mediante datos, algoritmos y hardware, generando discriminación digital y afectaciones desproporcionadas a múltiples derechos. Asimismo, identifica los principales desafíos normativos y revisa respuestas internacionales y regionales. Explora también oportunidades para una IA que promueva la igualdad sustantiva desde los marcos internacionales de derechos humanos, y la urgencia de integrar la perspectiva de género, la transparencia, la rendición de cuentas y el principio ‘women in the loop’ en todo el ciclo de vida de la IA.

Palabras clave: Derecho internacional de los derechos humanos, igualdad de género, Inteligencia Artificial (IA), sesgos de género, espacios digitales

Abstract: The article critically examines the impact of artificial intelligence (AI) on the human rights of women and girls in a global scenario marked by setbacks in gender equality. It analyses how AI systems reproduce and amplify gender biases and risks through data, algorithms, and hardware, generating digital discrimination and disproportionate impacts on multiple rights. It also identifies the main regulatory challenges and reviews international and regional responses. It further explores opportunities for an AI that promotes substantive equality under international human rights frameworks, and the urgency of integrating a gendered perspective, transparency, accountability, and the “women in the loop” principle throughout the AI life cycle.

Keywords: International human rights law, gender equality, Artificial Intelligence (AI), gender bias, digital spaces.

Sumario: I. Introducción. II. Retos de la IA para los derechos humanos de las mujeres y las niñas en una era de retrocesos en la igualdad de género. III. Desafíos normativos en los marcos jurídicos relevantes para la IA y la igualdad de género. 1. Marco global y sistema ONU: respuestas de derechos humanos. 2. Marcos regionales: avances significativos y cooperación interregional. A) Unión Europea y Consejo de Europa: marcos jurídicos pioneros de la IA. B) América Latina y el Caribe: nuevos marcos de gobernanza digital con lente de género. IV. Women in the loop: la igualdad sustantiva como baluarte y guía de la IA. V. Algunas conclusiones.

I. Introducción

1. El régimen jurídico internacional de derechos humanos, creado en y para un mundo de actores humanos y responsables de la toma de decisiones, se encuentra actualmente sometido a una enorme presión, debido centralmente al auge del autoritarismo, el cambio climático, y los retos hacia el orden internacional multilateral basado en normas. En esta situación se ha introducido ahora la Inteligencia Artificial (IA) y, en particular, la IA generativa. La IA es la simulación de la inteligencia humana en máquinas, que están programadas para pensar y aprender como los seres humanos (*machine learning*) con el fin de realizar tareas que normalmente requieren inteligencia humana, como la toma de decisiones, la resolución de problemas y la comprensión del lenguaje. Los sistemas de IA pueden estar basados en software o integrados en hardware y están diseñados para analizar su entorno, actuar con cierto grado de autonomía y alcanzar objetivos específicos, a menudo mejorando su rendimiento con el tiempo a través de los datos y la experiencia. Así pues, la IA se refiere a un conjunto de tecnologías, entre las que se incluyen el aprendizaje automático, el reconocimiento de patrones, el razonamiento y el procesamiento del lenguaje y que, por tanto, permiten en varios aspectos prescindir de la decisión humana.¹ Surge el reto, por tanto, de analizar (y, en su caso, proponer) el marco normativo más adecuado, justo y eficaz para afrontar esta nueva realidad.

2. La igualdad de género, tanto en su concepción de principio básico del sistema internacional de valores y normas, como en su acepción de derecho humano fundamental, es una pieza clave de este análisis. La igualdad se ha considerado uno de los valores y principios centrales de la modernidad, que está ‘arraigado en el tejido del ordenamiento jurídico desde el Derecho internacional clásico’.² En lo que respecta específicamente a la igualdad de género, cabe recordar que el término ‘género’ se conceptualizó originalmente para explicar y cuestionar la opresión sistemática de la mujer y, tras la Conferencia Internacional sobre la Mujer celebrada en Beijing en 1995, se consideró uno de los conceptos y principios fundamentales de los derechos humanos a escala internacional,³ además de un derecho fundamental concreto protegido por diversidad de normas y estándares jurídicos internacionales y regionales.⁴

3. La intensificación de los ataques a la igualdad de género anterior reviste particular relevancia considerando que la presión al sistema jurídico y político internacional de derechos humanos encierra recientemente un marcado embate en especial hacia los derechos humanos de las mujeres y las niñas.⁵

¹ Véase e.g., UNESCO, ‘Artificial intelligence and gender equality. Key findings of UNESCO’s Global Dialogue’, UNESCO, 2020. Para un análisis integral y profundo, véase E. GONZÁLEZ Y J. C. SIURANA (eds.), *Inteligencia artificial. Concepto, alcance, retos*, Tirant Humanidades, Valencia, 2024.

² C. FERNÁNDEZ LIESA, ‘Transformaciones del Derecho internacional por los Objetivos de Desarrollo Sostenible’, *Anuario Español de Derecho Internacional*, núm. 32, 2016, p. 59.

³ Véase ‘Grupo de expertos sobre la elaboración de directrices para la integración de las perspectivas de género en las actividades y programas de derechos humanos’, 20 de noviembre de 1995, UN. Doc. E/CN.4/1996/105, párrafo 13; y el recuento histórico del aumento progresivo de la incorporación normativa explícita de la igualdad de género en el marco jurídico internacional en F. BANDA, ‘The United Nations Working Group on the Issue of Discrimination against Women in Law and practice’, en A. HELLUM, H.S. AASEN (editoras), *Women’s Human Rights: CEDAW in International, Regional and National Law. Studies on Human Rights Conventions*, Cambridge University Press, Reino Unido, 2013, pp. 62-63.

⁴ Puede pensarse en el ámbito global, en los artículos 1 y 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículos 2 a 5 de la Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), así como en todas las disposiciones sobre igualdad de los otros ocho tratados ‘núcleo’ de derechos humanos, así como la Recomendación General No. 28 del Comité CEDAW, sección 5, CEDAW/C/GC/28, 2010; y en el ámbito regional europeo, en el Convenio del Consejo de Europa para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (‘Convenio de Estambul’), especialmente su artículo 3,c) que contiene la definición de ‘género’.

⁵ Véase UNRISD y UN-WOMEN. 2025, *Understanding Backlash Against Gender Equality: Evidence, Trends and Policy Responses*, Ginebra, UNRISD, septiembre de 2025; GRUPO DE TRABAJO DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS MUJERES Y LAS NIÑAS, ‘Escalada de la reacción contra la igualdad de género y urgencia de reafirmar la igualdad sustantiva y los derechos humanos de las mujeres y las niñas’ A/HRC/56/51, 2024; Y. ERGAS, ‘Take Back the Future: Global Feminisms and the Coming Crisis of the Beijing Settlement’, *Journal of International Affairs*, Vol. 72, No. 2, 2019, pp. 19-20; T. GINSBURG, *Democracies and International Law*, Cambridge University Press, Reino Unido, 2021, p. 229; y D. BADELL, ‘La consolidación del movimiento antigénero en Naciones Unidas’, en E. BARBÉ Y M.M. MARTÍN MARTÍNEZ, *La violencia contra las mujeres en un*

4. En este contexto, el presente artículo busca explorar los nuevos retos y los posibles beneficios que la IA presenta para el régimen jurídico internacional de derechos humanos, con un foco central en los derechos humanos de las mujeres y las niñas, y las formas en que la legislación y los reguladores deben anticiparlos y abordarlos en el contexto global actual. Cabe, por tanto, revisar el estado contemporáneo de la situación de la IA así como de la igualdad de género en tanto pieza clave del régimen de derechos humanos, a fin de identificar los puntos de conexión entre ambos, así como los obstáculos y oportunidades que esta relación comporta.

5. Considerando algunas implicaciones generales de derechos humanos sobre el desarrollo de la IA, se ha señalado que las bases de datos históricas se diseñan con base en patrones culturales específicos y sesgos raciales, de género y sociodemográficos que quedan incorporados a los modelos fundacionales, como Chat GPT, Gemini o Claude.⁶ Otras preocupaciones desde la perspectiva de derechos humanos se refieren al uso desmedido de agua y energía que los centros de datos de la IA requieren para su funcionamiento, la afectación a las comunidades implicadas, y la sostenibilidad a mediano y largo plazo de este sistema.⁷ Asimismo, inquietan las condiciones e implicaciones medioambientales de las minas de litio, coltán y cobalto de donde se extraen los materiales de la tierra necesarios para la fabricación de los componentes de los chips de IA, o las condiciones de las oficinas donde miles de personas limpian, etiquetan y clasifican millones de imágenes, textos y vídeos con vistas a su consumo. Este trabajo cognitivo basado en la repetición automatizada en ocasiones se desarrolla en un régimen laboral con condiciones de secrecía y en algunos casos calificable de formas contemporáneas de esclavitud.⁸

6. Estamos también siendo testigos del despliegue de la IA en los sistemas económicos, sociales y de gobernanza, incluidos el mercado laboral, el sistema educativo y la prestación de servicios sociales. Todo lo anterior produce afectaciones en los derechos humanos, particularmente los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) -efectos que, en ocasiones, se traducen en un impacto particular o desproporcionado en las mujeres y las niñas. Asistimos, pues, a un mundo dominado en gran medida por distintos sistemas de IA, con poco control y rendición de cuentas, y que a la vez experimenta un crecimiento económico ingente en un tiempo muy corto,⁹ lo cual despierta también preguntas sobre la responsabilidad jurídica de las empresas transnacionales en materia de derechos humanos.¹⁰

7. Acercando el foco al impacto de la IA más directamente relacionado con el derecho humano a la igualdad de género y los derechos humanos de las mujeres y de las niñas en general, pueden identificarse varios desafíos centrales. Desde la teoría de los derechos humanos, la IA plantea riesgos específicos para los derechos de las mujeres y las niñas porque puede reproducir y amplificar desigualdades estructurales existentes. Sumando ese reto a la falta de sistemas efectivos que garanticen la transparencia y rendición de cuentas en relación con la IA, como se ha señalado, se afectan principios clave de derechos humanos como la universalidad y la justiciabilidad.

8. Las mujeres están infrarrepresentadas en los campos de la ciencia y la tecnología y se enfrentan a resultados sesgados con base en el género debido al uso de algoritmos en la contratación, el acceso

orden internacional en transición, Aranzadi, España, 2024, pp. 61-63.

⁶ Véase, e.g., el análisis de K. CRAWFORD, *Atlas de IA: política, poder y costes planetarios*, Ned Ediciones, 2023.

⁷ *Ibid.*, y RELATOR ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS AL AGUA POTABLE Y AL SANEAMIENTO, 'El nexo entre el agua y la energía', A/HRC/60/30, 3 de julio de 2025.

⁸ Véase, e.g., K. CRAWFORD, *op. cit.*; y RELATOR ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE FORMAS CONTEMPORÁNEAS DE ESCLAVITUD, INCLUYENDO SUS CAUSAS Y CONSECUENCIAS, 'El uso de la tecnología para facilitar y prevenir las formas contemporáneas de esclavitud', Informe anual al Consejo de Derechos Humanos, A/78/161, 12 de julio de 2023.

⁹ Considérese, por ejemplo, el caso de la empresa Nvidia: véase T. MICKLE, 'Nvidia Is Now Worth \$5 Trillion as It Consolidates Power in A.I. Boom', *The New York Times*, 29 de octubre de 2025, disponible en <https://www.nytimes.com/2025/10/29/technology/nvidia-value-market-ai.html>

¹⁰ Véase, e.g., CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU, 'Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework', Resolución 17/4, 16 de junio de 2011; y proyecto de tratado internacional en la materia, actualmente en discusión, disponible en <https://www.ohchr.org/es/hr-bodies/hrc/wg-trans-corp/igwg-on-tnc>

a préstamos o subsidios o la calificación crediticia, y en su experiencia con la moderación de contenidos en línea.¹¹ La digitalización acelerada de la vida pública y privada ha ampliado los espacios en los que se produce la discriminación la violencia de género, amplificando su alcance, frecuencia y gravedad. Las amenazas, el acoso, la vigilancia, el robo de identidad, el discurso de odio, los *deepfakes*, los *deepnudes*, el intercambio no consensuado de contenido íntimo, la extorsión digital y las campañas de desinformación con sesgo de género son algunas de las formas de violencia que generan graves daños físicos, psicológicos, económicos, sociales y simbólicos a la integridad, la autonomía y los derechos de las mujeres, las adolescentes y las niñas en toda su diversidad, con afectaciones particulares a aquellas en situación de mayor vulnerabilidad. Asimismo, el despliegue de herramientas de reconocimiento facial y vigilancia podría tener graves consecuencias para la privacidad, la seguridad y la capacidad de acceder al espacio cívico, por ejemplo, de las mujeres defensoras de los derechos humanos, que ya de por sí son objeto de una violencia desproporcionada en internet.¹²

9. Por otro lado, especialmente desde hace casi una década, se ha documentado una situación global de retrocesos en la igualdad de género, aunque debe señalarse que el contexto actual también ofrece signos de esperanza. Al momento de escribir, a fines de 2025, la última ola de reacción contra la igualdad de género (*gender backlash*) amenaza los logros que tanto ha costado conseguir a las mujeres y las niñas. El contexto contemporáneo de ataques a la igualdad de género plantea retos en relación con el compromiso de los Estados y otros sujetos jurídicos internacionales hacia los derechos de las mujeres y las niñas, así como de las personas LGBTIQ+, al tiempo que socava los derechos humanos y las instituciones democráticas en general.¹³ Es bajo el paraguas de estos retrocesos globales en la igualdad de género que surgen las preguntas acerca del impacto de la IA en los derechos humanos de las mujeres y las niñas. La correlación entre la IA y la igualdad de género, por tanto, no se desenvuelve en un terreno de juego imparcial o equilibrado. Más bien, las herramientas de IA, además de no ser neutrales en sí mismas, se han ido desarrollando en paralelo a una escalada de las reacciones contra la igualdad de género. Estos ataques, sin embargo, han sido confrontados con diversas formas de resistencia y propuestas constructivas por parte de varios Estados, organizaciones y movimientos de defensa y avance de la igualdad de género.

10. Así, el presente artículo analizará en el apartado II si el desarrollo y el despliegue de la IA están afectando a la discriminación contra las mujeres y las niñas en este contexto global de retrocesos de la igualdad de género y, de ser así, cuáles son los principales riesgos e impactos. Asimismo, se examinará la relación de la IA con los efectos de género más amplios de la transformación digital en diferentes regiones del mundo. En el apartado III, se explorarán los retos y dilemas de género que surgen en la frontera entre las posibilidades tecnológicas y el panorama normativo emergente en materia de IA. Se estudiarán críticamente los marcos jurídicos más relevantes en la materia, a saber, el sistema normativo de derechos humanos de Naciones Unidas y algunas otras iniciativas globales, por un lado; y por otro, los marcos regionales, con un foco primordial en el escenario europeo -tanto en el ámbito de la Unión Europea (UE) como del Consejo de Europa-, y en el ámbito interamericano de derechos humanos, así como en algunas iniciativas de cooperación interregional dignas de revisión. Como resultado, se presentan en el apartado IV algunas propuestas de principios y criterios que deben guiar el debate jurídico en cuestión. Se identifican iniciativas normativas y prácticas sobre IA prometedoras para promover la igualdad de género, que dan paso a la sistematización en el apartado V de algunas conclusiones en las que se busca configurar parámetros útiles para avanzar en la reflexión.

¹¹ Véase UNESCO, *op. cit.*, y M.J. SENENT VIDAL y A. VENTURA FRANCH, 'Aplicación de la perspectiva de género a la regulación de los sistemas de inteligencia artificial', en E. GONZÁLEZ y J. C. SIURANA (eds.), *Inteligencia artificial. Concepto, alcance, retos, op. cit.*, pp. 347-375; M. PÉREZ-UGENA COROMINA, 'Sesgo de género (en IA)', *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 26, 2024, pp. 311-330, disponible en <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.8515>; y B. FERNÁNDEZ DE LA MORENA, *Discriminación algorítmica*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2022, disponible en <https://tinyurl.com/5n6ba846>.

¹² SECRETARIO GENERAL DE NACIONES UNIDAS, 'Mujeres, Paz y Seguridad', Informe del Secretario General de Naciones Unidas, S/2025/556, 5 de septiembre de 2025.

¹³ Véase UNRISD y UN-WOMEN, 2025; GRUPO DE TRABAJO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS MUJERES Y LAS NIÑAS, 2024; Y. ERGAS; T. GINSBURG; Y D. BADELL, *op. cit.*

II. Retos de la IA para los derechos humanos de las mujeres y las niñas en una era de retrocesos en la igualdad de género

11. La oposición a la igualdad de género no es nueva. Sin embargo, 30 años después de la adopción de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing de 1995, las organizaciones y movimientos contrarios a la igualdad de género han encontrado vías para crecer en fuerza y visibilidad.¹⁴ El foco principal de los movimientos anti-género es Naciones Unidas, habida cuenta de que sirve como el foro central para las deliberaciones en la creación de política pública global y los estándares normativos del Derecho internacional. Así, incluso el idioma y la terminología utilizada en foros de Naciones Unidas —por ejemplo, sobre el término ‘género’— se han vuelto un punto de división polarizada entre dos grupos de actores. Por un lado, aquéllos que son progresistas o también considerados liberales y otros más conservadores o iliberales, cada uno con distintos actores representativos, tanto Estados como organizaciones de la sociedad civil, que promueven las ideas del bloque respectivo. Los movimientos anti-género se centran no sólo en combatir los avances conceptuales y jurídicos derivados del reconocimiento del género como construcción social que privilegia a los hombres (generalmente hombres heterosexuales) en el acceso a los derechos, recursos y oportunidades,¹⁵ sino también en esfuerzos tangibles para llevar a Naciones Unidas a una dirección que consideran normativamente deseable, por ejemplo, a una regulación restrictiva de los derechos en materia de salud sexual y reproductiva.

12. Estos ataques contra lo que se denomina “ideología de género” —un término usado de forma polémica para desacreditar enfoques académicos y políticos que analizan la igualdad de género y los derechos de las personas LGTBI— no solo se producen en el seno de Naciones Unidas, sino que también se han manifestado en la Unión Europea. Con enfoque crítico, se considera por algunos actores que la UE es una entidad que, junto con Naciones Unidas, busca imponer valores extranjeros sobre los Estados soberanos.¹⁶ Al respecto, varias personas expertas independientes de los procedimientos especiales de derechos humanos de Naciones Unidas han insistido recientemente en la relevancia crucial de aplicar la perspectiva de género como herramienta para revelar y hacer visibles las desigualdades entre hombres y mujeres, niños y niñas, así como aquéllas que afectan a personas de minorías sexuales y de género y, en consecuencia, poder atender las violaciones a los derechos humanos que producen estas estructuras de inequidad y discriminación.¹⁷

13. Aun así, la última ola de reacción contra la igualdad de género se ha traducido en afectaciones negativas a los marcos jurídicos y las políticas públicas existentes, y amenaza con echar para atrás los logros que tanto ha costado conseguir a las mujeres y las niñas. Plantea retos a los compromisos de los Estados y otros actores con los derechos humanos de las mujeres y las niñas, así como con los derechos de las personas LGBTIQ+ (lesbianas, gais, bisexuales, transgénero, intersexuales, *queer* y otras identidades), y con ello, erosiona los derechos humanos y las instituciones democráticas en los ámbitos nacionales e internacional.¹⁸

14. Atendiendo al telón de fondo de este análisis relativo al estado actual de la IA, cabe hacer notar que, como se ha indicado anteriormente, vivimos en un mundo dominado en gran medida por dis-

¹⁴ Véase UNRISD y UN-WOMEN, *op. cit.*

¹⁵ Véase, por ejemplo, artículo 3,c) del Convenio de Estambul y Recomendación General No. 28 del Comité CEDAW.

¹⁶ Véase, e.g., J. CUPAC E I. EBERTÜRK, ‘The personal is global political: The antifeminist backlash in the United Nations’, *The British Journal of Politics and International Relations*, Vol. 22, No. 4, 2020, pp. 702-714, disponible en <https://doi.org/10.1177/1369148120948733>; y HUMAN RIGHTS WATCH, ‘Feminist foreign policy during a global backlash’, 2025, disponible en <https://www.hrw.org/news/2025/10/20/feminist-foreign-policy-during-a-global-backlash>; y D. BADELL, ‘La consolidación del movimiento antigénero en Naciones Unidas’, *op. cit.*

¹⁷ Asimismo, véase OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, ‘UN experts reaffirm central role of gender in advancing human rights and equality’, Comunicado de prensa, 25 de agosto de 2025, disponible en <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2025/08/un-experts-reaffirm-central-role-gender-advancing-human-rights-and-equality>

¹⁸ *Ibid.*; UNRISD y UN-WOMEN, *op. cit.*; Grupo de Trabajo de la ONU sobre la Discriminación contra las Mujeres y las Niñas, 2024, *op. cit.*; y BADELL, *op. cit.*

tintos sistemas de IA, con poco control y rendición de cuentas, y que a la vez presenta un crecimiento económico desbordado en un tiempo muy corto.¹⁹ Esta situación es indicativa de los asombrosos niveles de riqueza que se están consolidando entre un puñado de empresas de Silicon Valley, y despierta de forma más viva el análisis de la responsabilidad jurídica de las empresas transnacionales en materia de derechos humanos.

15. A este respecto, contamos con algunos estándares normativos básicos: los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos como instrumento de *soft-law*, así como el proyecto de tratado internacional en la materia, actualmente en negociación tomando como punto de partida esos Principios Rectores. Estos instrumentos establecen, sobre la base del Derecho internacional de los derechos humanos, que las empresas, incluyendo de comunicación y tecnología, deben llevar a cabo evaluaciones periódicas de los derechos humanos y de impacto de género para identificar y mitigar los riesgos sistémicos que afectan a las mujeres. También deben crear plataformas seguras y sensibles a las cuestiones de género, adoptar políticas y herramientas de seguridad eficaces, garantizar una transparencia significativa, incluso de los algoritmos, y proporcionar recursos adecuados para la implementación efectiva de estas políticas.²⁰ Aun así, varios estudios demuestran que la incorporación del elemento de género en los marcos regulatorios y de gobernanza de IA existentes -lo cual permitiría exigir de forma vinculante el cumplimiento de los principios mencionados-, es sumamente precaria.²¹

16. En la industria tecnológica billonaria mencionada, donde se presentan intereses económicos enormes y el ímpetu por ganar la carrera de la IA, la aplicación de la igualdad de género con frecuencia puede verse no sólo minimizada, sino claramente contrariada y atacada. Baste mencionar el ejemplo simbólico, pero de peso político y práctico relevante, de discursos abiertamente a favor de masculinidades tóxicas (para algunos analistas, misóginas), promoviendo que la sociedad y las empresas recuperen ‘energía masculina’ y ‘una cultura que celebre la agresión un poco más’, de acuerdo con algún líder de una de las *Big Tech*.²² Lo anterior pone en evidencia que los ataques y la resistencia hacia la igualdad sustantiva de género se expresan no sólo en los foros internacionales y en el discurso de líderes políticos, sino que se manifiestan como patrones culturales más amplios que, potenciados por el entorno tecnológico-económico actual, permean a grandes sectores de la población.

17. Las posturas patriarcales o misóginas y la resistencia a la igualdad sustantiva de género se traducen además en decisiones que impactan la vida real y los derechos humanos de las personas: Meta, por ejemplo, a instancia del gobierno de Estados Unidos del Presidente Trump, eliminó a inicios de 2025 su sistema de verificación externo de datos (*fact-checkers*), y en consecuencia, su moderación de contenidos en Estados Unidos y otras partes del mundo se ha vuelto mucho más laxa y se permiten

¹⁹ T. MICKLE, ‘Nvidia Is Now Worth \$5 Trillion as It Consolidates Power in A.I. Boom’, *op. cit.*, disponible en <https://www.nytimes.com/2025/10/29/technology/nvidia-value-market-ai.html>; y R. DE QUEROL, ‘La Bolsa no tiene vértigo. ¿Debería?’, La Selección del director de Cinco Días, *El País*, 30 de octubre de 2025. Los artículos referidos relatan que, en paralelo al crecimiento de Nvidia, China demostró, con empresas emergentes como Deepseek, que es un serio competidor en la carrera por la IA, a pesar de que Estados Unidos había restringido el acceso de China a los chips informáticos avanzados.

²⁰ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU, *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework*, Resolución 17/4, 16 de junio de 2011. Los avances del proceso de negociación del Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, y el texto del proyecto de tratado más reciente, pueden consultarse en <https://www.ohchr.org/es/hr-bodies/hrc/wg-trans-corp/igwg-on-tnc>

²¹ Véase GLOBAL INDEX ON RESPONSIBLE AI con datos sobre la escasa o superficial incorporación del elemento de género en los marcos de IA en 138 países: <https://www.global-index.ai>

²² EL PAÍS, ‘Mark Zuckerberg defiende la recuperación de la energía masculina’, *El País*, 15 de enero de 2025, disponible en <https://elpais.com/tecnologia/2025-01-15/mark-zuckerberg-defiende-la-recuperacion-de-la-energia-masculina.html>; WOMEN’S HEALTH AND WELLBEING. BARON SOUTH WEST BLOG, ‘Mark Zuckerberg’s Comments on leadership – and why we should care’, 29 de enero de 2025, disponible en <https://womenshealthbsw.org.au/blog/mark-zuckerbergs-comments-on-leadership-and-why-we-should-care/>; y D. ZUCKERBERG, *Not All Dead White Men: Classics and Misogyny in the Digital Age*, Harvard University Press, 2018. Curiosamente, la autora de este libro de 2018, Donna Zuckerberg, es hermana de Mark Zuckerberg, CEO de Meta, quien años después, en 2025, realizó las declaraciones referidas que caerían bajo la calificación de misóginas de la propia autora.

comentarios ofensivos en contra de las mujeres, así como de las personas LGBTIQ+. Además, la compañía, como tantas otras empresas estadounidenses, ha eliminado sus políticas de diversidad, igualdad e inclusión. Todas estas medidas podrían conducir a la normalización del discurso de odio y las ideologías extremistas, por ejemplo, la de los movimientos anti-género, así como a la radicalización de las personas expuestas a información falsa o engañosa, incluyendo sobre las mujeres y las niñas.²³

18. Los sesgos de género antes referidos, sean explícitos o implícitos, pueden manifestarse en los tres elementos básicos de la IA: datos, algoritmos y *hardware*. Por un lado, se expresan en la calidad de los datos con los que se alimentan los sistemas de IA, debido habitualmente a una sobrerrepresentación de información relativa a hombres blancos (lo cual conlleva además de un sesgo de género, un sesgo racial). Por otro lado, también pueden derivarse del propio proceso de autoaprendizaje de los algoritmos. Sucede de este modo con los llamados algoritmos ‘opacos’ o ‘de caja negra’ (*black box algorithms*), aunque este tipo de sesgos también puede aparecer en algoritmos ‘transparentes’, que terminan identificando patrones previamente ocultos y no detectados, reproduciendo de este modo distintos estereotipos de género. Finalmente, los sesgos pueden estar presentes en el propio hardware, es decir, en el soporte físico de muchos sistemas de IA, a través de características como la voz, el nombre o el aspecto físico.²⁴

19. El sesgo de género en la IA se ha convertido en un tema significativo, especialmente en el contexto de los modelos lingüísticos utilizados en aplicaciones orientadas a la comunicación o a las decisiones sobre contratación. Así, los Grandes Modelos de Lenguaje (*large language models* o LLM, por sus siglas en inglés) muestran sesgos de género en distintos campos de varios contextos laborales. Algunos estudios han puesto en evidencia, por ejemplo, los sesgos de género en los pronombres y la distribución de género en distintas profesiones.²⁵

20. Asimismo, se ha analizado la forma en que algunos LLM operados por la IA y presentados como basados en ‘información sin sesgos’, en realidad despliegan sesgos sutiles (en un caso, incluyendo a favor de la contratación de mujeres) que ponen en duda si la tecnología de IA actual está lo suficientemente madura como para ser adecuada para la selección de personal u otras tareas de toma de decisiones automatizadas de alto riesgo. A medida que los LLM se implementan e integran en los procesos de toma de decisiones autónomos, abordar la desalineación es un imperativo ético y jurídico. Los sistemas de IA deben defender activamente los derechos humanos, incluido la igualdad de oportunidades y la igualdad de trato. Sin embargo, el escrutinio exhaustivo de los modelos antes de su lanzamiento y la resistencia a su adopción prematura por parte de las organizaciones siguen siendo un reto, dados los fuertes incentivos económicos y el potencial altavoz publicitario que impulsa este campo.²⁶

²³ E. CULLOTY, ‘USA: Meta’s decision to eliminate fact-checkers from its platforms in the USA poses a significant threat to online safety and democracy’, Comisión Europea, Noticias, 31 de enero de 2025, disponible en <https://ec.europa.eu/newsroom/home/items/867122/en>

²⁴ Véase L. ORTIZ DE ZÁRATE ALCARAZO, ‘Sesgos de género en la inteligencia artificial’, *Revista de Occidente*, 502, 2023, pp. 5-20; especialmente pp. 7-9.

²⁵ M. DÖLL, M. DÖHRING Y A. MÜLLER, ‘Evaluating Gender Bias in Large Language Models’, *Computation and Language* (cs.CL), arXiv:2411.09826 [cs.CL], 2024; disponible en <https://doi.org/10.48550/arXiv.2411.09826> El estudio arrojó resultados que muestran una correlación positiva entre la elección de pronombres de los modelos y la distribución de género presente en los datos de la población activa de Estados Unidos. Los pronombres femeninos se asociaban con mayor frecuencia a ocupaciones dominadas por mujeres, mientras que los pronombres masculinos se asociaban con mayor frecuencia a ocupaciones dominadas por hombres. La finalización de frases mostró la correlación más fuerte con la distribución real de género, mientras que la generación de nombres dio lugar a una distribución de género más equilibrada y ‘políticamente correcta’, aunque con variaciones notables en las profesiones predominantemente masculinas o femeninas. El análisis evalúa los modelos GPT-4, GPT-4o, PaLM 2 Text Bison y Gemini 1.0 Pro utilizando un conjunto de datos autogenerado. Los puestos de trabajo considerados incluyen una amplia gama de ocupaciones, desde aquellas con una presencia masculina significativa hasta aquellas con una notable concentración femenina, así como puestos de trabajo con una distribución de género relativamente equitativa. Además, los LLM sugirieron nombres de personas en ocupaciones específicas, que luego se examinaron para determinar la distribución de género.

²⁶ D. ROZADO, ‘The Strange Behavior of LLMs in Hiring Decisions: Systemic Gender and Positional Biases in Candidate Selection: Hints of discrimination and lack of principled reasoning in frontier AI systems’, *Rozados Visual Analytics*, 20 de mayo de 2025, disponible en <https://davidrozado.substack.com/p/the-strange-behavior-of-llms-in-hiring> Los resultados pre-

21. Asimismo, en relación con los riesgos de *deepfake* anteriormente referidos, se ha documentado que, especialmente en algunos ámbitos regionales, el 89.5% de las aplicaciones de *deepfake* representan un riesgo para las mujeres, al facilitar la creación de contenido sexual no consensuado. Uno de los primeros patrones identificados fue la falta de transparencia en el desarrollo de las apps: el 42.8% no indicaban su procedencia ni en Google Play ni en sus sitios web, dificultando la rendición de cuentas y sus motivaciones. Asimismo, el 65.7% fueron clasificadas por Google Play como “Apto para todo público”, pese a que se usan para la creación de contenido sexual no consentido.²⁷

22. Aun en el contexto de los riesgos de género de la IA, exacerbados por el ambiente de retrocesos en la igualdad de género ya referido, la respuesta no se ha dejado esperar. Desde distintos movimientos y organizaciones de la sociedad civil, incluyendo varias asociaciones feministas, se han articulado iniciativas y propuestas sólidas, creativas y constructivas para promover, integrar y garantizar la igualdad de género en la IA.²⁸ Dado el incipiente desarrollo de tales iniciativas, habrá aún que esperar para poder evaluar su impacto concreto en el ámbito jurídico internacional y en la experiencia vivida de las mujeres y las niñas en su relación con la IA.

23. Frente a la gama amplia de riesgos y sesgos de género, de los cuales se han presentado aquí algunos de los más ilustrativos, revisemos, pues, el marco jurídico internacional y los marcos regionales aplicables en materia de derechos humanos e igualdad de género en la IA, a fin de explorar sus aciertos y carencias. Este análisis establece los parámetros para identificar las lagunas normativas y de política pública que habría que cubrir a fin de confrontar algunos de los riesgos y sesgos mencionados. Asimismo, permitirá desvelar las iniciativas existentes de distintos Estados, instituciones y sociedad civil que han resultado de utilidad y valor en el ámbito de la integración y promoción proactiva de la igualdad de género en y a través de la IA.

III. Desafíos normativos en los marcos jurídicos relevantes para la IA y la igualdad de género

1. Marco global y sistema ONU: respuestas de derechos humanos

24. En el campo del Derecho internacional de los derechos humanos, encontramos varios puntos de conexión relevantes entre IA e igualdad de género. De entrada, debe recordarse que la normatividad y los marcos de derechos humanos cuentan con un corpus jurídico internacional acordado y establecido, lo cual provoca que la conversación y los objetivos del análisis sean más concretos como punto de partida. En este sentido, la normatividad jurídica, además de ser vinculante y obligatoria, es más relevante y útil que los códigos de conducta voluntarios que se han adoptado por parte de algunas empresas tecnológi-

sentados anteriormente indican que los LLM de vanguardia, cuando se les pide que seleccionen al candidato más cualificado basándose en una descripción del puesto y dos currículos profesionales (uno de un candidato masculino y otro de una candidata femenina), muestran un comportamiento que se aleja de las nociones estándar de equidad. En este contexto, los LLM no parecen actuar de forma racional. En cambio, generan respuestas articuladas que pueden parecer lógicas a primera vista, pero que en última instancia carecen de fundamento en un razonamiento basado en principios. No se sabe con certeza si este comportamiento se debe a los datos previos al entrenamiento, a los datos posteriores al entrenamiento o a otros factores desconocidos, lo que subraya la necesidad de seguir investigando. A la luz de los hallazgos de este estudio, la afirmación de que las decisiones de contratación se basan en ‘información sin sesgos’ parece cuestionable.

²⁷ X. CUZCANO-CHAVEZ Y C. GONZÁLEZ-VÉLIZ, ‘Análisis del abuso de aplicaciones deepfake y su impacto en la violencia digital de género en América Latina y el Caribe’, *Veritas*, No. 61, pp. 32-67, disponible en <https://doi.org/10.4067/s0718-92732025000200032>

²⁸ Véanse, por ejemplo, los informes de *AI Forensics*, una organización europea sin ánimo de lucro dedicada a investigar los algoritmos ‘influyentes y opacos’ de las plataformas tecnológicas: <https://aiforensics.org/>. Asimismo, puede revisarse el trabajo de Derechos Digitales, especialmente en América Latina y el Caribe, con análisis de distintos casos de despliegue de IA en la región en alianza con varias organizaciones, por ejemplo, Alerta Niñez de Chile: <https://ia.derechosdigitales.org/>; y las acciones de Artificial Intelligence for Development, que opera principalmente en África, y su trabajo sobre igualdad de género en la IA con perspectiva de desarrollo sostenible: ‘AI for Gender Equality and Inclusion Innovation Research Network’: <https://www.ai4d.ai/projects/ai-for-gender-equality-and-inclusion-innovation-research-network>

cas. En última instancia, los derechos humanos sirven de marco para evaluar el impacto del uso de la IA en los seres humanos y, en este caso, concretamente en las mujeres y las niñas como la mitad de la población global. En este contexto, la tecnología debe desarrollarse desde una perspectiva de género e interseccional, guiada por los principios, y a la vez, los derechos de igualdad y no discriminación, así como por los derechos de libertad frente a la violencia, privacidad, libertad de opinión y expresión, autonomía y libertad y seguridad personales.

25. A este respecto, los mecanismos internacionales de protección de derechos humanos, tanto órganos de tratados como procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos, han desarrollado estudios e interpretaciones jurídicas en la materia, y ofrecen, por tanto, un marco normativo de consulta obligada para el análisis en cuestión.²⁹ Se recogen y desarrollan en este texto algunos de los puntos de conexión entre la IA y la igualdad de género paradigmáticos para nuestro estudio.

26. En lo que respecta específicamente al derecho humano a la igualdad de género, el instrumento jurídicamente vinculante fundamental es la Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés). De forma directamente relevante para la prevención de los estereotipos dañinos de género en la IA, debe recordarse que el artículo 5 de la CEDAW exige a los Estados Parte que adopten medidas precisamente para eliminar los estereotipos de género. Asimismo, el artículo 4 permite a los Estados adoptar medidas afirmativas de carácter temporal con el fin de cerrar las brechas de desigualdad y corregir la discriminación sistémica contra las mujeres y las niñas, ya sea de tipo directa o indirecta. Es cierto que estas medidas se entienden comúnmente como políticas obligatorias de cuotas de género o incluso de paridad de género. Sin embargo, éstas no son las únicas medidas afirmativas temporales posibles. En un sentido amplio, para remediar la discriminación estructural, también pueden considerarse otras medidas a la luz de esta disposición, por ejemplo, las que promueven y facilitan la ‘alfabetización’ o actualización para las mujeres y niñas en materia de IA o el acceso para las mujeres a empleos en el sector tecnológico.

27. Una aportación nuclear para el análisis que nos ocupa es la Recomendación General 40 (RG 40) del Comité CEDAW, órgano de interpretación auténtica y supervisión del cumplimiento de la CEDAW, adoptada a fines de 2024. La RG 40 ofrece orientación a los Estados para lograr una representación equitativa e inclusiva de las mujeres en todos los sistemas de toma de decisiones, exigiendo la paridad de género (50/50) como un derecho (y no sólo entendida como una puerta de acceso). Así, concluye el Comité CEDAW que la paridad de género debe garantizarse en los sectores político, público, privado y económico, abordando barreras sistémicas como el patriarcado, los estereotipos y la violencia, y haciendo hincapié en la inclusión interseccional y los nuevos modelos de gobernanza para el desarrollo sostenible y los derechos humanos. Se trata de una hoja de ruta para un cambio transformador, que considera la ausencia de las mujeres como una violación de los derechos humanos.³⁰ En consecuencia, derivado de este marco normativo, sería imperativo garantizar la inclusión de las mujeres con esquemas paritarios en las instancias, instituciones de gobierno y empresas que tomen decisiones sobre la IA, desde su diseño y planeación, hasta su elaboración, implementación y monitoreo.

28. Por lo que toca a la IA y las niñas específicamente, se observa un panorama complejo para sus derechos humanos, habida cuenta de que la IA actúa simultáneamente como una herramienta para el empoderamiento y como un mecanismo que puede perpetuar la desigualdad. Así, los principales desa-

²⁹ Los informes anuales clave en la materia se han realizado por los siguientes Procedimientos Especiales de Naciones Unidas, y cada uno contiene recomendaciones específicas para los Estados y otros actores, como las empresas tecnológicas: Relatores y Relatorias Especiales de las Naciones Unidas sobre formas contemporáneas de esclavitud (2023), educación y privacidad (2024), libertad de expresión (2025), derechos culturales (2025), independencia de jueces y abogados (2025), y Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos (2025).

³⁰ COMITÉ CEDAW, ‘Recomendación general núm. 40 (2024), relativa a la representación igualitaria e inclusiva de las mujeres en los sistemas de toma de decisiones’, CEDAW/C/GC/40, 25 de octubre de 2024.

fios en relación con las niñas se centran en la amplificación de sesgos de género y la discriminación y/o violencia digital, y como posibles oportunidades puede señalarse la personalización de la educación y el acceso a nuevas habilidades tecnológicas.³¹

29. En cuanto a los retos, se observa que la recopilación masiva de datos, el reconocimiento facial, la vigilancia escolar o el perfilado algorítmico pueden afectar gravemente la vida privada de las niñas, que requieren una protección reforzada. Los sistemas de IA entrenados con datos sesgados pueden reforzar estereotipos de género y edad, afectando de forma desproporcionada a las niñas, entre otros ámbitos, en la educación, el acceso a servicios, la moderación de contenidos, o la generación de imágenes sexualizadas que afecta desproporcionadamente a las niñas, por ejemplo, mediante la herramienta Grok.³² La generación y uso de este tipo de imágenes ya están siendo objeto de algunas investigaciones y demandas judiciales, incluyendo por parte de la Comisión Europea, cuyo desarrollo habrá que evaluar a futuro.³³

30. Respecto a los riesgos y oportunidades señalados respecto de la vinculación específica entre IA y derechos de las niñas, cabe recordar que la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) establece en su artículo 2 el principio de no discriminación por sexo o cualquier otra condición de los niños y niñas, y en su artículo 16 reconoce el derecho del niño/a a la vida privada, honra y reputación. Los riesgos referidos también pueden ser abordados a la luz de los artículos 19, 32, 34, 35 y 36 de la CDN, que reconocen los derechos de todas las personas menores de 18 años a vivir en un entorno seguro, protegidos contra toda forma de violencia, abuso, negligencia, explotación sexual y económica, y establece la obligación de los Estados de garantizar esta protección. Asimismo, el potencial de la IA para desarrollar medios educativos y de aprendizaje personalizados funcionaría en cumplimiento de los artículos 28 y 29 de la CDN, relativos a los derechos a la educación y al desarrollo de las niñas y niños. Por su parte, el Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, como auténtico intérprete de la CDN ha emitido en 2021 la Observación General número 25 de 2021, que establece que los Estados deben regular el uso de tecnologías digitales e IA para proteger la privacidad infantil, incluyendo límites al perfilado y la vigilancia. En cualquier caso, el desarrollo y despliegue de herramientas tecnológicas para el uso de las niñas o que tendrán impacto en ellas, debe realizarse desde la perspectiva de prevención de riesgos con enfoque de género y niñez, e integrando las voces de las propias niñas en estos procesos, con mecanismos de salvaguarda y protección adecuados. Tales mecanismos ya existen desde hace algunos años de forma general para el trabajo con niñas,³⁴ y bastaría adaptarlos a la realización de consultas específicas en materia de herramientas y sistemas de IA.

31. Asimismo, analizando el puente entre la IA y la igualdad de género, debemos atender al ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC o DESCAs, con el añadido de los derechos ambientales, trabajado de forma más elaborada en el sistema interamericano de derechos humanos). Respecto de los DESCAs y su relación con la política pública, los Estados confrontan decisiones difíciles, entre otros temas, sobre servicios públicos que tienen relación con el uso de la IA, y que pueden

³¹ ONU Noticias, 'De los deepfakes al acoso sexual: la ONU advierte sobre el aumento de las amenazas de la IA para los niños', ONU, 26 de enero de 2026, disponible en <https://news.un.org/es/story/2026/01/1541066>; PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL DESARROLLO, 'Gender Bias in AI Risks and Opportunities for Latin America and the Caribbean', PNUD-LAC/Gemma Galdón Clavel, 29 de septiembre de 2025.

³² B. SANTOS Y S. ANLEN, 'The Grok Disaster Isn't An Anomaly. It Follows Warnings That Were Ignored', Tech Policy Press, 9 de enero de 2026, disponible en <https://www.techpolicy.press/>; y HUMAN RIGHTS WATCH, 'The Human Cost of Unregulated AI Tools: AI companies have a responsibility to respect human rights', Human Rights Watch, 2026; y COMISIÓN EUROPEA, 'La Comisión investiga los sistemas de recomendación de Grok y X en virtud de la Ley de Servicios Digitales', Comunicado de prensa, 26 de enero de 2026, disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_26_203

³³ Véase, e.g., KUMAR, A., 'Legal and Regulatory Frameworks Governing Generative AI for Enterprises', en SINGH, S., ET AL., *GenAI and LLMs for Beyond 5G Networks*, Springer, Cham, 2026, https://doi.org/10.1007/978-3-032-06418-9_3

³⁴ Véase, por ejemplo, PLAN INTERNATIONAL, 'Adolescent Programme Design Consultations' (2022), aplicado en el trabajo de la organización global Plan International con niñas de todo el mundo, disponible en <https://plan-international.org/publications/adolescent-programme-design-consultations/>

afectar particularmente a ciertos grupos, por ejemplo, a las personas con discapacidad, y especialmente, a las mujeres y niñas con discapacidad.³⁵ Lo anterior tiene impacto en las decisiones de los Estados y otros actores públicos como las organizaciones económicas internacionales sobre cuestiones relativas a programas sociales, privatización, y medidas de austeridad y fiscalidad, donde existe aún un campo por explorar en términos doctrinales.³⁶ Al respecto, además de examinar el impacto de género de la IA, cabe explorar también para investigaciones futuras a mayor profundidad, cómo afectan las disparidades en el ingreso y las condiciones socioeconómicas, la infraestructura digital y el acceso al mercado laboral dentro de distintas regiones del mundo, a la capacidad de las mujeres y las niñas para beneficiarse de la IA. Sobre el análisis general de igualdad y justicia socioeconómica, el Comité de Naciones Unidas competente en la materia, a saber, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) -órgano de tratado intérprete del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)- se ha pronunciado de forma más clara en años recientes. El Comité DESC tradicionalmente afirmaba que los DESC eran ideológicamente neutros, esto es, en pocas palabras, que ‘daba igual’ capitalismo, socialismo o tercera vía. Sin embargo, la obligación del art. 2,1 del PIDESC sobre progresividad y no-regresividad de los DESC, se ha revisado en años recientes a la luz de los instrumentos, políticas o medidas específicas que tienden más (o menos) a la protección prevista en esta disposición. Con los desarrollos del Comité DESC acerca, entre otros puntos, de la carga de la prueba (concluyendo que el Estado debe probar si una medida de austeridad, por ejemplo, es no-regresiva o es la medida menos regresiva posible), puede avanzarse en estas reflexiones y sus afectaciones diferenciadas o desproporcionadas en los derechos humanos de las mujeres y las niñas.³⁷

32. En la intersección entre el sistema internacional de protección de los derechos humanos y el marco jurídico aplicable a los conflictos armados -esto es, el Derecho internacional humanitario-, la incorporación de la perspectiva de género remite necesariamente al informe más reciente del Secretario General de Naciones Unidas, publicado en septiembre de 2025, sobre Mujeres, Paz y Seguridad. En dicho informe, el Secretario General, António Guterres, subraya la necesidad de vigilar determinadas violaciones de derechos humanos, incluidas las amenazas y los ataques facilitados por tecnologías digitales dirigidos contra defensoras de derechos humanos, constructoras de paz y mujeres que participan en la vida política.³⁸ Algunos de estos ataques emplean tecnologías como los sistemas de selección de objetivos basados en inteligencia artificial, la vigilancia mediante reconocimiento facial y las herramientas de policía predictiva, prácticas que pueden dar lugar a vulneraciones tanto del Derecho internacional de los derechos humanos como del Derecho internacional humanitario.³⁹

33. En un punto relacionado de forma cercana con los derechos civiles y políticos, y más concretamente la libertad de reunión y asociación protegida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 20) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 22.1), el Secretario General hacía notar que el espacio cívico se ve cada vez más restringido por la censura, la

³⁵ Véase, e.g., REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD Y MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES Y AGENDA 2030, ‘Estudio del impacto de la Inteligencia Artificial en los derechos de las personas con discapacidad’, Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, España, 2025.

³⁶ Véase, e.g., M. SEPÚLVEDA, ‘Tecnología biométrica en programas sociales, ¿una preocupación legítima?’, en *México Social*, 2019, disponible en <https://www.mexicosocial.org/magdalena-sepulveda-tecnologia-biometrica-programas-sociales/>

³⁷ Para un estudio profundo, véase, e.g., D. ESTRADA TANCK, *Nuevos horizontes en la protección internacional de los derechos económicos y sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022; así como K. YOUNG, ‘Modern trends of social and economic rights’, Conferencia dictada de forma online en congreso SIACRID, Universidad Estatal del Norte de Paraná, Brasil, 4 de noviembre de 2020; y RELATOR ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS AL AGUA Y AL SANEAMIENTO, 2025, *op. cit.*

³⁸ SECRETARIO GENERAL DE NACIONES UNIDAS, ‘Mujeres, Paz y Seguridad’, Informe del Secretario General de Naciones Unidas, S/2025/556, 5 de septiembre de 2025, párr. 16.

³⁹ M. PANSERA, ‘What’s left of responsible innovation after Gaza? Ecocide, epistemicide, and genocide in occupied Palestine’, *Journal of Responsible Technology*, No. 23, 2025; <https://doi.org/10.1016/j.jrt.2025.100132>; RELATORA ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS TERRITORIOS PALESTINOS OCUPADOS DESDE 1967, Informe anual al Consejo de Derechos Humanos, ‘De la economía de la ocupación a la economía del genocidio’, A/HRC/59/23, 2 de julio de 2025; UN WOMEN Y UN UNIVERSITY INSTITUTE IN MACAU, *Artificial Intelligence and the Women, Peace and Security Agenda in South-East Asia*, ONU Mujeres, 2024, disponible en <https://asiapacific.unwomen.org/>

vigilancia y el acoso en línea, dirigidos especialmente contra las mujeres, lo que significa que las plataformas digitales son a menudo las últimas vías que quedan para expresarse y llevar a cabo actividades de activismo, a pesar de los riesgos inherentes. Señalaba que el uso deliberado de la tecnología, las plataformas en línea y la IA con perspectiva de género podría ayudar a contrarrestar la distorsión de la información, los abusos y el acoso en línea, pero ese enfoque requerirá más esfuerzos para apoyar a las mujeres en campos emergentes como la IA y el aprendizaje automático, así como iniciativas específicas para vincular la tecnología con la agenda de Mujeres, Paz y Seguridad. Concluía que se necesita urgentemente la cooperación, la regulación y la transparencia entre regiones para garantizar que la innovación tecnológica se base en los derechos humanos, proteja el espacio cívico y esté diseñada para promover la igualdad de género, en lugar de socavarla.⁴⁰

34. En relación con los puntos revisados, y más allá del ámbito formal de la protección jurídica de los derechos humanos, en el ámbito internacional también se han desarrollado otras iniciativas relevantes para el análisis de IA e igualdad de género. Al respecto, es de relevancia hacer referencia a iniciativas no vinculantes como las de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), una organización internacional de carácter global y un foro de debate económico fundamental. Aunque la OCDE nació con enfoque europeo, desde 1961 evolucionó a una vocación transatlántica y mundial. Actualmente agrupa a 38 economías avanzadas y emergentes, colaborando con más de cien países no miembros, por lo que sus análisis, directrices y normativas influyen a nivel mundial en políticas económicas, sociales y ambientales. La Recomendación sobre Inteligencia Artificial de la OCDE, adoptada en 2019, es una de las iniciativas en el ámbito intergubernamental más tempranas, adoptada con el objetivo de fomentar la innovación y la confianza en la IA mediante la promoción de la gestión responsable de una IA confiable y al mismo tiempo garantizar el respeto de los derechos humanos y los valores democráticos, dentro de los cuales se entendería comprendida la igualdad de género, aunque las disposiciones no se enfocan a fondo en este derecho. Por otro lado, en la Cumbre de Osaka, Japón, en 2019, los líderes del G20 acogieron con agrado los Principios de IA del G20, extraídos de la Recomendación de la OCDE. La Recomendación fue revisada por el Consejo de la OCDE el 8 de noviembre de 2023 para actualizar su definición de ‘sistema de IA’, con el objeto de asegurar que el instrumento continuara siendo técnicamente exacto y que reflejara las recientes innovaciones tecnológicas como la IA generativa.⁴¹

35. Más allá de los esfuerzos de estas organizaciones internacionales de pertenencia limitada como la OCDE, o las redes de países informales como el G20, encontramos también desarrollos posteriores de alcance más universal. Así, en un desarrollo más avanzado y dirigido, se refleja en la labor de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO, por sus siglas en inglés). Así, se incorpora la igualdad de género como principio fundamental en la ‘Recomendación de la UNESCO sobre la ética de la inteligencia artificial’ de 2021, la primera instancia de estándares normativos en el ámbito mundial sobre esta materia.⁴² Este instrumento de *soft-law*, junto con los principios de empresas y derechos humanos, sirven de complemento interpretativo al corpus normativo de derechos humanos jurídicamente vinculante anteriormente revisado. Los instrumentos recomendatorios, como la Recomendación de la UNESCO, sirven asimismo para dotar de contenido más específico, tecnológicamente sensible y preciso a las obligaciones concretas de los Estados sobre IA e igualdad de género, así como de otros actores (en distinta medida) como las empresas transnacionales, las instituciones económicas internacionales y las organizaciones de la sociedad civil.

⁴⁰ SECRETARIO GENERAL DE NACIONES UNIDAS, ‘Mujeres, Paz y Seguridad’, *op. cit.*, párrs. 25 y ss.

⁴¹ Véase OCDE, ‘Recomendación del Consejo sobre Inteligencia Artificial’, disponible en <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>

⁴² UNESCO, ‘Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial’, SHS/BIO/PI/2021/1, 2021.

2. Marcos regionales: avances significativos y cooperación interregional

36. Existen distintas iniciativas recientes de cooperación interregional y entre organizaciones internacionales y mecanismos diversos en materia de IA y derechos humanos, y más concretamente en materia de IA e igualdad de género. Encontramos, por ejemplo, la Declaración conjunta sobre IA, Libertad de Expresión y Libertad de los Medios, realizada por la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre Libertad de Expresión y Opinión, y distintas personas expertas independientes de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, la Organización de Estados Americanos y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.⁴³

37. Asimismo, y en relación más cercana con el presente análisis, se comprende la colaboración entre los mecanismos de la Plataforma de Mecanismos de Expertas Independientes sobre la Eliminación de la Discriminación y la Violencia contra las Mujeres, la Plataforma EDVAW (por sus siglas en inglés), creada en 2018. La Plataforma EDVAW es una red que reúne a los siete mecanismos de personas expertas independientes dedicados a la eliminación de la discriminación y la violencia contra las mujeres, tanto a nivel global como en los distintos ámbitos regionales: en el ámbito de Naciones Unidas, el Comité CEDAW, el Grupo de Trabajo sobre la Discriminación contra las Mujeres y las Niñas y la Relatora Especial sobre la Violencia contra las Mujeres y las Niñas, sus Causas y Consecuencias; y en los ámbitos regionales: GREVIO, el grupo de expertas independientes sobre la violencia contra las mujeres del Consejo de Europa (órgano de interpretación y supervisión de cumplimiento del Convenio de Estambul), MESECVI, el mecanismo de seguimiento de la Convención sobre violencia contra las mujeres en el sistema interamericano (órgano revisor y supervisor del cumplimiento de la Convención Belén do Pará), la Relatora de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre los Derechos Humanos de las Mujeres, y la Relatora de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos Humanos de las Mujeres en África. La Plataforma EDVAW emitió en 2022 un informe temático sobre violencia contra las mujeres en línea y facilitada por la tecnología, relevante en algunos puntos para el análisis de los riesgos de la IA de facilitar, provocar o perpetuar la violencia de género como la forma más evidente y grave de la discriminación de género.⁴⁴

38. Se considera que estos esfuerzos de cooperación, intercambio de conocimiento y construcción de sinergias y posturas compartidas habrían de continuarse, así como replicarse y expandirse a otros mecanismos y organizaciones. Ello contribuiría a reforzar la promoción y protección de los derechos humanos de las mujeres y las niñas y construir la igualdad sustantiva de género de forma más efectiva y armonizada.⁴⁵ Lo anterior se vuelve particularmente imperativo en el contexto global de retrocesos en la igualdad de género que se ha documentado en el presente artículo, y las respuestas articuladas a este efecto.

39. Por otro lado, hay distintas iniciativas nacionales o regionales en Asia y África que guardan cierta relevancia para la relación de la IA con los derechos humanos. En el presente artículo se analizan a detalle aquellos instrumentos de mayor impacto para el Derecho Internacional Público y el desarrollo

⁴³ 'Joint Declaration on AI, Freedom of Expression and Media Freedom', Declaration of the United Nations (UN) Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, the Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE) Representative on Freedom of the Media, the Organization of American States (OAS) Special Rapporteur on Freedom of Expression, and the African Commission on Human and Peoples' Rights (ACHPR) Special Rapporteur on Freedom of Expression and Access to Information in Africa, 24 de octubre de 2025, disponible en <https://rfom.osce.org/representative-on-freedom-of-media/600217>

⁴⁴ Véase EDVAW Platform, 'The Digital Dimension of Violence against Women as Addressed by the Seven Mechanisms of the EDVAW Platform', 2022, disponible en <https://rm.coe.int/thematic-report-on-the-digital-dimension-of-violence-against-women-as-/1680a933ae>

⁴⁵ Sobre el concepto y aplicación de este derecho a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos, véase el Documento Guía del Grupo de Trabajo de la ONU sobre la Discriminación contra las Mujeres y las Niñas, 'Igualdad sustantiva de género' y su propuesta del 'Marco CREATE' con los seis pilares de acciones necesarias para lograr esta igualdad, A/HRC/WG.11/42/1, 14 de marzo de 2025, disponible en <https://www.ohchr.org/en/documents/tools-and-resources/ahrcwg11421-substantive-gender-equality-guidance-document-working>

de estándares normativos y prácticas regionales, a saber, los avanzados en los sistemas regionales y de derechos humanos en el ámbito europeo e interamericano. Aun así, y a pesar de que el desarrollo normativo en los ámbitos regionales de Asia y África es más limitado que en los espacios regionales aquí estudiados, deben destacarse dos puntos: i) las iniciativas de la sociedad civil y de las organizaciones feministas en IA y género en las regiones asiática y africana son prolíficas, de manera similar que en otras regiones, y merecen un análisis de seguimiento más profundo, a realizarse en el marco de sus realidades regionales específicas, así como a la luz de los criterios y principios generales revisados en el presente texto; y ii) concretamente en el ámbito del continente africano, debemos recordar que el sistema africano de derechos humanos permite afrontar los retos en materia de IA e igualdad de género de la región con base en sus fuentes jurídicas y mecanismos institucionales, de forma primordial, con base en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, así como el Protocolo de Maputo relativo a los Derechos Humanos de las Mujeres en África (instrumento análogo a la Convención Belém do Pará en el ámbito interamericano y al Convenio de Estambul del Consejo de Europa).

A) Unión Europea y Consejo de Europa: marcos jurídicos pioneros de la IA

40. El Reglamento sobre IA de la UE marca un punto de inflexión en el desarrollo normativo y la gobernanza de la IA.⁴⁶ Analizando el Reglamento, de aplicación obligatoria para todos los Estados Miembros sin necesidad de transposición, puede afirmarse de manera resumida que se trata de una regulación que adopta un sistema de evaluación basada en riesgos, que crea obligaciones vinculantes principalmente para las actividades calificadas de alto riesgo y que se protege indirectamente la igualdad de género. Es relevante señalar, aun así, que aunque no se encontraba previsto de ese modo inicialmente,⁴⁷ se logró que se contemplara la igualdad de género dentro de uno de los siete principios éticos (no vinculantes) que guían la aplicación del Reglamento y el uso y diseño de los sistemas de IA. Dentro del principio de ‘diversidad, no discriminación y equidad’, se establece que ‘los sistemas de IA se desarrollan y utilizan de un modo que incluya a diversos agentes y promueve la igualdad de acceso, la igualdad de género y la diversidad cultural, al tiempo que se evitan los efectos discriminatorios y los sesgos injustos prohibidos por el Derecho nacional o de la Unión’ (párrafo 27).

41. Asimismo, por primera vez, las organizaciones que implementan sistemas de IA de alto riesgo deben llevar a cabo una evaluación del impacto sobre los derechos fundamentales (FRIA, por sus siglas en inglés: ‘fundamental rights impact assessment’) antes de su primer uso. Se trata de una oportunidad notable para integrar la protección de los derechos humanos, particularmente la igualdad de género, en la gobernanza de la IA. Si se aplica de manera significativa, este requisito tiene un potencial relevante: puede prevenir daños a las personas, especialmente mujeres y niñas, ayudar a las organizaciones a desarrollar marcos de gobernanza responsables de la IA y democratizar las decisiones sobre la adopción de la IA.

42. Junto con el Centro Europeo para el Derecho sin Ánimo de Lucro Stichting, el Instituto Danés de Derechos Humanos ha elaborado una guía paso a paso para que las FRIA sean significativas. La guía se basa en normas internacionales como los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, anteriormente referidos,⁴⁸ y busca ofrecer herramientas prácticas para las organizaciones comprometidas con el despliegue responsable de la IA. La guía contiene criterios

⁴⁶ Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) no. 300/2008, (UE) no. 167/2013, (UE) no. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial), publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 12 de julio de 2024 (2024/1689).

⁴⁷ Véase el análisis de M.J. SENENT VIDAL Y A. VENTURA FRANCH, en *IgualdadES*, 2024, *op. cit.*, p. 55.

⁴⁸ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU, *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework*, Resolución 17/4, 16 de junio de 2011.

para una FRIA significativa, así como una hoja de ruta en cinco fases: 1. Planificación y alcance; 2. Evaluación y mitigación de los impactos sobre los derechos; 3. Decisión de implementación e informes públicos; 4. Seguimiento y revisión; 5. Consulta a los grupos afectados y a las partes interesadas.

43. En paralelo a la adopción del Reglamento de IA de la UE, se adoptó el Código de buenas prácticas de IA de uso general (GPAI, por sus siglas en inglés). Este instrumento es una herramienta voluntaria, elaborada por personas expertas independientes en un proceso multilateral en el que participaron casi 1.000 partes interesadas, así como representantes de los Estados miembros de la UE y observadores europeos e internacionales. El Código fue diseñado para ayudar a la industria a cumplir las obligaciones del Reglamento de IA para los proveedores de modelos de IA de uso general en materia de seguridad, transparencia y derechos de autor de los modelos de IA de uso general. El Código se publicó el 10 de julio de 2025, y la Comisión y el Consejo de IA han confirmado que es una herramienta voluntaria adecuada para que los proveedores de modelos de IAGP demuestren el cumplimiento del Reglamento de IA. El Código, en vigor desde el 2 de agosto de 2025, detalla las normas del Reglamento de IA para los proveedores de modelos de IA de uso general y modelos de IA de uso general con riesgos sistémicos.⁴⁹

44. Existen expectativas de que la IA contribuya a aumentar la eficiencia de las autoridades policiales y una fuerte voluntad política para facilitar el uso de las nuevas tecnologías. Al mismo tiempo, está surgiendo un panorama normativo cambiante, con nuevas competencias para las autoridades policiales, así como un nuevo espacio jurídico restrictivo con el nuevo Reglamento de la IA de la UE. Actualmente se investiga, por ejemplo, cómo las autoridades policiales gestionan y equilibran su mandato ampliado para utilizar la IA en relación con las políticas y normativas emergentes, así como el impacto de la digitalización en la actuación de los órganos judiciales en la UE.⁵⁰

45. En relación con la digitalización de la justicia, un informe de 2025 de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea examina una serie de soluciones digitales que se utilizan actualmente, y propone otras para garantizar la protección de derechos fundamentales en este contexto y la igualdad de acceso a los posibles beneficios de este proceso de digitalización. Así, el informe concluye que el uso de herramientas digitales puede agilizar y hacer más eficaz el sistema judicial, pero advierte que también implica riesgos como la vulneración de la privacidad o la discriminación de quienes no tienen acceso o conocimientos para usar esas técnicas. Para garantizar que la digitalización de la justicia respete los derechos fundamentales y cumpla su promesa de una mayor eficiencia, el informe pide a) salvaguardias de los derechos fundamentales incorporadas; b) amplias consultas con las partes interesadas; c) alternativas no digitales y mayor apoyo; d) formación en derechos fundamentales.⁵¹

46. Debe mantenerse en mente, como telón de fondo de cualquier análisis, que la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, como derecho primario de la Unión, es aplicable de manera prioritaria y transversal a todos los casos que puedan implicar violaciones a derechos fundamentales de las mujeres y las niñas en relación con la IA en la UE. Por tanto, el incumplimiento de sus disposiciones relevantes en materia de igualdad de género, podría invocarse ante las instituciones competentes, incluido el Tribunal de Justicia de la UE, de conformidad con las normas y criterios aplicables del Derecho de la UE.

⁴⁹ COMISIÓN EUROPEA, 'Elaboración de un código de buenas prácticas de IA de uso general', 2025, disponible en <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policies/contents-code-gpai>

⁵⁰ Véase *Feminist Voices in Law* y <https://matildaarvidsson.com/2024/10/23/new-research-project-funding-technological-opportunities-and-regulative-restrictions-dilemmas-in-using-ai-in-law-enforcement-practices/>; y A. FERNÁNDEZ PÉREZ, 'Una nueva etapa en la digitalización de la justicia europea', en *La Ley Unión Europea*, No. 133, 2025 (Ejemplar dedicado a: Claves de la ley europea de Inteligencia Artificial).

⁵¹ Véase AGENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (ADF UE), 'Digitalising Justice: a Fundamental Rights Approach', ADF UE, Viena, noviembre de 2025. Véase también ADF UE, 'Bias in Algorithms– Artificial intelligence and discrimination', Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2022; el Proyecto de la ADF UE 'Remote biometric identification for law enforcement purposes: Fundamental rights considerations', disponible en <https://fra.europa.eu/en/project/2023/remote-biometric-identification-law-enforcement-purposes-fundamental-rights>; y el Proyecto en curso de la ADF UE sobre las implicaciones de derechos fundamentales en torno al acceso a los datos digitales para investigaciones penales.

47. En cuanto al marco del Consejo de Europa, la organización internacional de pertenencia más amplia en el ámbito europeo, cabe recordar como punto de partida que contamos con dos instrumentos jurídicos fundamentales relativos al tema que nos ocupa: el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH, 1950) y la Carta Social Europea (CSE, 1961, revisada en 1996). Cada uno de ellos contiene una prohibición de la discriminación, cuyo cumplimiento es supervisado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (1.1) y el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), respectivamente (1.2).

48. Además de estos textos fundamentales, existen otros instrumentos y organismos del Consejo de Europa que también son relevantes para la lucha contra la discriminación y la construcción de la igualdad de género. Se encuentra en primer lugar, por supuesto, el Convenio para Prevenir y Combatir la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica (Convenio de Estambul), pero también el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, instrumento que puede abrir avenidas de protección relativos a la IA para las mujeres y niñas de grupos minoritarios, referidos anteriormente. Tanto la Asamblea Parlamentaria como el Comité de Ministros del Consejo de Europa emiten periódicamente recomendaciones e instrumentos similares que confirman la importancia de la no discriminación en el actuar cotidiano de los Estados Miembros, incluyendo en relación con la IA.⁵²

49. El instrumento central para el tema que nos ocupa es el Convenio Marco del Consejo de Europa sobre Inteligencia Artificial y Derechos Humanos, Democracia y Estado de Derecho (Convenio Marco sobre IA y DH del CoE) es el primer tratado internacional jurídicamente vinculante en este ámbito. Abierto a la firma el 5 de septiembre de 2024, su objetivo es garantizar que las actividades relacionadas con el ciclo de vida de los sistemas de IA sean plenamente compatibles con los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho, al tiempo que favorecen el progreso tecnológico y la innovación. El Convenio entrará en vigor tras ser ratificado por cinco signatarios, incluyendo al menos tres miembros del Consejo de Europa.⁵³

50. Como punto notable, el tratado está abierto también a la adhesión de países no europeos, lo cual genera oportunidades de ‘fertilización’ normativa interregional y mayor diálogo entre actores y operadores jurídicos. El Convenio Marco sobre IA y DH del CoE establece un marco jurídico que abarca todo el ciclo de vida de los sistemas de IA y que se ocupa de los riesgos que pueden plantear, a la vez que promueve la innovación responsable. Su Preámbulo identifica dos tipos de presupuestos:

- a.1) Beneficios de la IA, entre los que destaca el “avance acelerado de la ciencia y la tecnología y de los profundos cambios provocados por las actividades en el marco del ciclo de vida de los sistemas de inteligencia artificial, que tienen potencial para promover la prosperidad humana, así como el bienestar individual y social, el desarrollo sostenible, la igualdad de género y el *empoderamiento de todas las mujeres y niñas*, así como otros objetivos e intereses importantes, reforzando el progreso y la innovación”.
- a.2) Riesgos de la IA, mostrando su preocupación “por los riesgos de discriminación en contextos digitales, en particular los que implican sistemas de inteligencia artificial, y su posible efecto de crear o agravar desigualdades, *incluidas las que sufren las mujeres y las personas en situaciones vulnerables*, en relación con el disfrute de sus derechos humanos y su participación plena, igualitaria y efectiva en los asuntos económicos, sociales, culturales y políticos”.

51. De manera similar al enfoque basado en riesgos del Reglamento UE, pero con disposiciones más desarrolladas y detalladas sobre derechos humanos e igualdad de género, el Convenio Marco del

⁵² Véase, e.g., Resolución 2343 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre la prevención de la discriminación causada por el uso de la inteligencia artificial, 22 de octubre de 2020.

⁵³ Véase CONSEJO DE EUROPA, datos y contexto relevante publicado el 17 de mayo de 2024 en <https://www.coe.int/es/web/portal/-/council-of-europe-adopts-first-international-treaty-on-artificial-intelligence>

CoE adopta una perspectiva fundada en la identificación de riesgos para diseñar, desarrollar, usar y decomisar sistemas de IA, que exige considerar cuidadosamente cualquier posible consecuencia negativa del uso de sistemas de IA.

52. Una vez que el Convenio Marco entre en vigor, será posible analizar las implicaciones de su aplicación en los Estados destinatarios y su influencia, de ser el caso, en el desarrollo normativo global más amplio de la IA. Asimismo, habrá que prestar atención al posible desarrollo jurisprudencial internacional que pueda generarse en un futuro con base en los marcos normativos revisados. De manera comparativa, baste resaltar en este momento que el marco normativo del Reglamento de la IA de la UE es tecnológicamente más preciso y se traduce en acciones concretas requeridas para distintos actores, incluyendo para los operadores de la IA. Por su parte, el Convenio Marco del CoE contiene una base más sólida y detallada de derechos humanos y específicamente de igualdad de género. Aun así, este tratado contiene una serie de principios que son más bien abstractos y, por tanto, se presenta como reto la implementación en el ámbito nacional de cada uno de los Estados Miembros del CoE de esos principios que habrán de materializarse en las realidades concretas y la experiencia vivida de las mujeres y niñas en cada país.

B) América Latina y el Caribe: nuevos marcos de gobernanza digital con lente de género

53. Al igual que en otras partes del mundo, los países de la región de América Latina y el Caribe están siendo testigos del despliegue de la IA en los sistemas económicos, sociales y de gobernanza, incluidos el mercado laboral, el sistema educativo y la prestación de servicios sociales. Algunas iniciativas desarrolladas a nivel local son prometedoras por su impacto en la igualdad de género, como las empresas emergentes de IA dirigidas por mujeres y los ‘hackatones’⁵⁴ que abordan la violencia de género en línea.⁵⁵ Sin embargo, la falta generalizada de una regulación que tenga en cuenta las cuestiones de género, las desigualdades sociales y la capacidad institucional podrían afectar a la capacidad de la IA para promover la igualdad de género en la región.

54. Las investigaciones realizadas en la región muestran que las mujeres están infrarrepresentadas en los campos de la ciencia y la tecnología. Al igual que en otras regiones, también se enfrentan a resultados sesgados con base en el género debido al uso de algoritmos en la contratación, el acceso a préstamos o subsidios o la calificación crediticia, y en su experiencia con la moderación de contenidos en línea. La investigación del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) cita numerosos ejemplos de cómo las tecnologías de reconocimiento facial identifican erróneamente de manera desproporcionada a las mujeres y niñas, especialmente a las de comunidades marginadas,⁵⁶ mientras que un estudio de la UNESCO citó ‘que el 67 % de las mujeres del Caribe han sufrido o conocen a alguien afectado por la violencia facilitada por la tecnología’.⁵⁷

⁵⁴ De acuerdo con Digiforma, el término ‘hackatón’ es una combinación de las palabras ‘hacker’ y ‘maratón’ que sirve para designar la reunión de un grupo de programadores y desarrolladores webs. Estos profesionales ponen sus conocimientos y sus habilidades al servicio del desarrollo de proyectos webs que no habrían podido acometer solos. Juntos, resuelven problemas técnicos, encuentran soluciones innovadoras y favorecen el avance del universo web. se reúnen para crear soluciones innovadoras a retos específicos en un tiempo limitado (típicamente 24-48 horas), fomentando el aprendizaje, la creación de prototipos, el networking y la detección de talento, abarcando temas desde tecnología hasta desafíos sociales o empresariales, con versiones presenciales y online; véase <https://www.digiforma.com/es/definicion/hackaton/>

⁵⁵ Véase, por ejemplo, <https://www.coperniculuslac-chile.eu/evento/primer-hackathon-copernicus-latinoamerica-y-el-caribe-2024/>

⁵⁶ G. GALDON CLAVELL, ‘Sharing risks beyond social insurance in Latin America and the Caribbean’, PNUD, LAC Working paper Series N° 45, 2025. Véase también DERECHOS DIGITALES, en cuanto al estudio sobre IA y educación realizado por esta organización, donde se detalla el preocupante caso de uso de reconocimiento facial en las escuelas de Paraná en Brasil: https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/Contribucion_EducacionIALATAM_DD-1.pdf

⁵⁷ UNESCO, ‘Tackling AI Bias and Gender Inequality: A Step Towards Ending Gender-Based Violence in the Caribbean’, 2024, disponible en <https://www.unesco.org/en/articles/tackling-ai-bias-and-gender-inequality-step-towards-ending-gender-based-violence-caribbean>

55. El despliegue de herramientas de reconocimiento facial y vigilancia podría tener graves consecuencias para la privacidad, la seguridad y la capacidad de acceder al espacio cívico, por ejemplo, de las mujeres defensoras de los derechos humanos, que ya de por sí son objeto de una violencia desproporcionada en internet, como se ha referido anteriormente. La IA se utiliza en varios aspectos en los sectores de la migración, la seguridad y la ayuda humanitaria, donde las tecnologías también pueden reforzar las vulnerabilidades existentes en un contexto de débil supervisión institucional. Sin embargo, varios países de la región, como Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México, Perú y Uruguay, han desarrollado o están desarrollando estrategias nacionales de IA que se ajustan a los principios de la OCDE en materia de IA, anteriormente referidos, y algunas incluyen una referencia explícita a la necesidad de promover la representación de las mujeres y a abordar el sesgo de género.⁵⁸

56. Desde la región se han articulado esfuerzos para identificar las lagunas normativas y de políticas públicas que deben abordarse para hacer frente al riesgo de agravar la discriminación de género en una las regiones con mayor desigualdad socioeconómica, derivado del despliegue de los sistemas de IA. Se ha analizado, asimismo, cuáles sectores son más vulnerables a los sesgos algorítmicos que perpetúan la discriminación de género, por ejemplo, grupos de mujeres y niñas que se enfrentan a múltiples capas de desventaja, como aquellas de bajos ingresos, de grupos minoritarios, poblaciones indígenas o viviendo en entornos rurales, y las estrategias que se requieren para mitigar estos riesgos. Asimismo, existen esfuerzos para sistematizar las iniciativas en la región que han sido exitosas para promover y garantizar la igualdad sustantiva de género en el ámbito de la IA, y reflejar estas realidades y resultados en la normatividad a desarrollar.

57. Al respecto, y como se ha documentado ampliamente en estudios recientes, desde la época colonial hasta la actualidad, América Latina y el Caribe ha sido una región fundamental para los avances influyentes e innovadores en el ámbito del Derecho internacional público global, especialmente desde el siglo XIX al momento contemporáneo.⁵⁹ Al parecer, el ámbito de la IA y los retos antes referidos no son excepción. Así, en la región se han desarrollado estudios e iniciativas políticas significativos, que a su vez se han traducido en la adopción de la Ley Modelo Interamericana para abordar la violencia digital contra las mujeres por motivos de género.

58 La Ley Modelo Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Digital contra las Mujeres fue adoptada en Fortaleza, Brasil, el 10 de diciembre de 2025, y establece disposiciones para ampliar la protección de las mujeres, las adolescentes y las niñas en toda su diversidad. El instrumento incluye obligaciones para los Estados, deberes para los intermediarios de internet y principios para la gobernanza digital con el fin de garantizar entornos en línea seguros y libres de violencia. En un contexto mundial marcado por el aumento constante de la violencia digital de género contra las mujeres y la urgente necesidad de respuestas integrales, el Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI) finalizó la adopción de la Ley Modelo Interamericana en la materia. Este nuevo instrumento sitúa a la región como una de las líderes en los esfuerzos para hacer frente a una forma de violencia que afecta de manera desproporcionada a las mujeres, las adolescentes y las niñas. La adopción de la Ley Modelo tuvo lugar durante la reunión regional del MESECVI en Fortaleza, que reunió a ministras de la Mujer y autoridades nacionales de América Latina y el Caribe, miembros del Comité de Expertas y representantes de la sociedad civil, en el marco de la XXII Reunión del Comité de Expertas (CEVI) y la X Conferencia de Estados Parte (CEP) del MESECVI, órgano de la Organización de los Estados Americanos (OEA).⁶⁰

⁵⁸ Véase OEA, Contexto de la Ley Modelo Interamericana sobre Violencia de Género, en <https://belemdopara.org/ley-modelo-interamericana-para-prevenir-sancionar-y-erradicar-la-violencia-digital-contra-las-mujeres-basada-en-genero/>

⁵⁹ A. CHEHTMAN, A. HUNEEUS Y S. PUIG (editores), *Latin American International Law in the Twenty-First Century*, Oxford Academic, Nueva York, 2025, disponible en <https://doi.org/10.1093/9780197754016.001.0001>

⁶⁰ Véase OEA, Ley Modelo Interamericana sobre Violencia Digital contra las Mujeres, disponible en <https://belemdopara.org/ley-modelo-interamericana-para-prevenir-sancionar-y-erradicar-la-violencia-digital-contra-las-mujeres-basada-en-genero/>

59. Elaborada sobre la base de las normas de la Convención Interamericana para la Prevención, Erradicación y Sanción de la Violencia contra las Mujeres, la ‘Convención de Belém do Pará’, y otros instrumentos de derechos humanos, la Ley Modelo está dirigida a las entidades gubernamentales, los poderes legislativos, los sistemas judiciales, las plataformas digitales, la sociedad civil, las organizaciones multilaterales, los organismos de cooperación y los movimientos feministas. En el contexto de la acelerada discriminación y violencia de género y sus expresiones ‘online’, así como de los retrocesos en la igualdad de género a nivel global, anteriormente referidos, la Ley Modelo se erige como una herramienta técnica y política de alto nivel para orientar las reformas legislativas, fortalecer las capacidades institucionales y promover una respuesta integral, basada en los derechos humanos y con múltiples partes interesadas, a uno de los retos más apremiantes de la era digital.

IV. *Women in the loop*: la igualdad sustantiva como baluarte y guía de la IA

60. A pesar de la subrepresentación de las mujeres en el sector tecnológico en general, y de la IA en particular, en realidad las mujeres y otros grupos marginados han dado forma a internet, aunque sus historias a menudo pasan desapercibidas, como lo han visibilizado diversas fuentes, incluyendo desde 2020 el popular podcast ‘*There are no girls on the internet*’.⁶¹ Asimismo, a pesar de esta subrepresentación, las mujeres y las niñas con gran frecuencia enfrentan un impacto desproporcionado de las afectaciones dañinas de la IA, así como riesgos y sesgos específicos de género. Esta situación además de producir efectos negativos para las mujeres y las niñas, constituye un obstáculo para el aprovechamiento pleno e igualitario de los beneficios de la IA.

61. Por lo anterior, se vuelve esencial integrar a las mujeres en los procesos de diseño y toma de decisiones de todas las dimensiones de la IA, en línea además con los estándares normativos de derechos humanos más avanzados, en particular, la RG 40 del Comité CEDAW sobre paridad de género (50/50), anteriormente abordada. A este respecto, se han propuesto desde la doctrina las siguientes medidas guía para abordar algunas de las lagunas identificadas, con las que se coincide, y que cubren entre otros, el requisito de la participación paritaria de las mujeres en la IA, que se asemejan a los criterios para la FRIA, analizados anteriormente: 1. Formación obligatoria a actores relevantes en igualdad y no discriminación por razón de género; 2. Presencia equilibrada de mujeres y hombres en la toma de decisiones sobre la IA; 3. Entrenamiento y vigilancia específicos a fin de corregir eventuales sesgos de género; y 4. Regulación de mecanismos de control del cumplimiento de la normativa y de las eventuales consecuencias jurídicas del incumplimiento.⁶²

62. De forma similar, se ha sugerido que una forma de asegurar los mecanismos de control adecuados en la IA es la aplicación del principio de *human in the loop*. Este principio se refiere al requerimiento de que no debe haber decisiones automatizadas con impacto jurídico sin supervisión humana previa. Se entiende, por tanto, que la IA debe apoyar el funcionamiento de los poderes públicos (y otros actores), y no sustituir el criterio humano con base en el cual se genera la responsabilidad jurídica. Bajo este lente, la innovación, según esta política, solo tiene sentido si es confiable, explicable y bajo control humano.⁶³

⁶¹ Véase <https://www.ausha.co/blog/podcasts-for-women/>

⁶² M.J. SENENT VIDAL Y A. VENTURA FRANCH, ‘Inteligencia artificial e igualdad de mujeres y hombres: Una regulación jurídica necesaria. Especial referencia al proyecto de reglamento europeo’, *IgualdadES*, 10, 2024, pp. 45-71, disponible en <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.10.02> Cabe mencionar que el proyecto de reglamento referido en este artículo académico es el que poco después se convertiría en el ‘Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024’, esto es, en el Reglamento sobre IA de la UE.

⁶³ C. CAMPOS ACUÑA, ‘Género y entornos digitales: riesgos y propuestas de solución ante el posible efecto multiplicador de la inteligencia artificial’, en S. DE LA SIERRA, J. MORCILLO MORENO Y P. MEIX CERECEDA (directores), *El Estado social digital: poderes públicos, inteligencia artificial y derechos*, Aranzadi, 2025, p. 136.

63. Debe recordarse igualmente que aunque la IA ofrece muchas ventajas para la creatividad, no puede sustituirla porque carece de originalidad, conciencia, capacidad crítica y talento. Puede complementar, pero nunca sustituir, la creatividad humana. En ese sentido, la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre los Derechos Culturales, ha documentado que muchos Estados han ignorado los riesgos reales que la IA supone para los derechos humanos, y de forma notoria, para los derechos humanos de las mujeres y las niñas. Contamos con códigos de conducta o estándares recomendatorios en la materia, pero no son vinculante y con frecuencia carecen de aplicación práctica. En consecuencia, la Relatora ha propuesto que una IA positiva solo puede darse si se adopta un enfoque basado en los derechos humanos, y más concretamente en los derechos culturales, a la luz del PIDESC y otros instrumentos relevantes. Esto conllevaría la protección jurídicamente vinculante de la creatividad humana, la protección de la ‘soberanía de los datos’ (leyes de consentimiento expreso, rendición de cuentas, transparencia), del deber de que la participación significativa se extienda al consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas y las comunidades locales, así como medidas específicas para minimizar los sesgos en las herramientas de IA.⁶⁴

64. Al mismo tiempo, se ha recomendado que en cualquier debate sobre la IA debe partirse de un reconocimiento de las desigualdades sistémicas, y que cualquier reflexión y propuesta normativa o de política pública debe realizarse integrando el cumplimiento de las obligaciones y estándares en materia de derechos humanos y tomando en cuenta las prioridades de la sociedad civil, por ejemplo, la economía de los cuidados, la articulación de espacios cívicos inclusivos y feministas y los mecanismos de financiación adecuados bajo este lente. Así, en términos del orden financiero internacional y las propuestas concretas en materia de solidaridad global, se ha señalado que una vía de acción para un régimen más justo es la aplicación de impuestos progresivos, incluyendo impuestos sobre el patrimonio y las tecnologías emergentes (como la IA).⁶⁵

65. Con base en todos los marcos y propuestas estudiadas, surge el reto de configurar un principio aglutinador basado en los derechos humanos con perspectiva de género y visión interseccional, esto es, que aborde, además del género, las diferentes condiciones o elementos que crean capas de desventaja y discriminación acumulativa, por ejemplo, raza, etnicidad, edad, discapacidad, condición socioeconómica u orientación sexual. Construyendo sobre el principio de *human in the loop*, así como de los criterios guía para los FRIA y otros similares anteriormente referidos, podemos articular en el ámbito que nos ocupa un principio *women in the loop*. Se propone que este principio, con base en el marco normativo internacional de derechos humanos, se aplicaría de forma más amplia, entendiéndolo como la integración paritaria y significativa de las mujeres en todo el ciclo de vida de la IA y los procesos de toma de decisiones a tal efecto. Incluiría la incorporación de la perspectiva de género al diseño, uso y despliegue de los datos, algoritmos y *hardware* relativos a la IA, así como procesos reglados de consulta significativa y control humano de las decisiones sobre y a través de la IA, por parte de mujeres y las niñas en toda su diversidad, con el enfoque de interseccionalidad referido. Para desarrollar a detalle este principio de *women in the loop* (incluyendo sobre la participación de niñas con todas las salvaguardas y protecciones necesarias), contamos con un corpus jurídico de normatividad, estándares y jurisprudencia en materia de derechos humanos que serviría de base y de guía para articular los criterios nucleares del principio y sus modos de operatividad práctica por parte de actores públicos, así como también de las empresas de IA mediante la realización de las obligaciones de supervisión, protección y garantía del Estado.

66. Lo anterior apunta necesariamente no sólo a la prevención de la discriminación como obligación negativa o de abstención, sino además a la construcción dirigida y proactiva de la igualdad

⁶⁴ RELATORA ESPECIAL DE LA ONU SOBRE DERECHOS CULTURALES, ‘Inteligencia artificial y creatividad’, Informe a la Asamblea General de la ONU, A/80/278, 30 de julio de 2025, párrs. 10 y ss.

⁶⁵ Véase, e.g., Propuestas de la Segunda Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, Doha, Qatar, 4-6 de noviembre de 2025, disponibles en <https://www.forus-international.org/es/news/the-second-world-summit-for-social-development-wssd2-november-2025>; y J.P. BOHOSLAVSKY Y M. RULLI (editores), *Feminism in Public Debt: A Human Rights Approach*, Bristol University Press, 2024, especialmente pp. 102 y ss.

sustantiva de género, como han concluido distintos mecanismos internacionales de derechos humanos, ofreciendo también una hoja de ruta concreta sobre cómo lograrla.⁶⁶ Asimismo, varias organizaciones de la sociedad civil en plataformas como la Red de IA Feminista (FAIR) han articulado propuestas específicas acerca de las formas de configurar precisamente una IA feminista basada en los derechos humanos aplicados con perspectiva de género.⁶⁷

V. Algunas conclusiones

67. Los puntos de conexión entre la IA y los derechos humanos de las mujeres y las niñas es un objetivo en constante movimiento y, como tal, un campo para continuar explorando. La igualdad de género como pieza clave del sistema internacional de valores y normas y como derecho fundamental cubierto por el Derecho internacional y regional de los derechos humanos, así como el Derecho de la UE, debe formar parte esencial de esta ecuación.

68. Existen iniciativas prometedoras en relación con la IA y la igualdad de género. Sin embargo, persisten diversas carencias y retos, como la falta generalizada de transparencia y rendición de cuentas sobre el diseño e implementación de la IA. Asimismo, la falta de una regulación integral global y en muchas partes del mundo, que contemple las cuestiones de género, las desigualdades sociales y la capacidad institucional y tecnológica para prevenir los riesgos y sesgos de género, limita la capacidad de la IA para promover la igualdad sustantiva de género en la práctica en el escenario mundial y en distintos ámbitos regionales.

69. A nivel mundial, los principios, normas y estándares del Derecho internacional de los derechos humanos ofrecen interpretaciones y herramientas jurídicas para lograr una protección jurídica más efectiva de los derechos humanos de las mujeres y las niñas en relación con el diseño, uso y funcionamiento de la IA. Asimismo, se ha sentado el precedente de integrar los derechos humanos, y concretamente la igualdad de género, como principio transversal de la IA en distintas iniciativas de *soft-law* como las de la OCDE y la UNESCO, que impactan áreas básicas de la vida de las niñas y mujeres, como la educación. De forma más detallada, en el informe más reciente del Secretario General de la ONU de 2025 sobre Mujeres, Paz y Seguridad, se ha resaltado el deber de incorporar la igualdad de género y la protección de los derechos de mujeres y niñas en relación con la IA como pilar esencial y como principio de aplicabilidad en todas las dimensiones de la prevención, la atención y la recuperación de los contextos de conflicto armado.

70. Es a nivel regional donde encontramos los avances jurídicos más considerables. Al momento de escribir, los dos instrumentos jurídicos más desarrollados son el Reglamento sobre IA de la UE, como hito para la gobernanza efectiva de la IA, y el Convenio Marco sobre IA y DH del CoE, con una perspectiva más desarrollada sobre derechos humanos, y específicamente sobre igualdad de género. Ambos adoptan un enfoque basado en riesgos y, en distinta medida, abren puertas a futuro para la mejor defensa de los derechos humanos de las mujeres y las niñas en Europa en relación con la IA. El Convenio del CoE es especialmente relevante por constituir el primer tratado internacional vinculante en la

⁶⁶ Véase el Documento Guía del Grupo de Trabajo de la ONU sobre la Discriminación contra las Mujeres y las Niñas, ‘Igualdad sustantiva de género’ y su propuesta del ‘Marco CREATE’ con los seis pilares de acciones necesarias para lograr esta igualdad, A/HRC/WG.11/42/1, 14 de marzo de 2025, disponible en <https://www.ohchr.org/en/documents/tools-and-resources/ahrwg11421-substantive-gender-equality-guidance-document-working>

⁶⁷ Véase la labor de 2024 de Derechos Digitales y el grupo de trabajo sobre IA Responsable de la Alianza Global de IA (GPAI) con recomendaciones para la igualdad sustantiva en la IA, disponible en <https://oecd.ai/en/work/documents/towards-substantive-equality-in-artificial-intelligence-transformative-ai-policy-for-gender-equality-and-diversity-november-2024>; y los dos documentos con principios para el desarrollo de IA feminista realizados en el marco de la red de IA feminista (FAIR) y que deberían ser considerados e impulsados como parte de las políticas de innovación enfocadas en la promoción de la igualdad: https://derechosdigitales.org/wp-content/uploads/Fair_Doc_Eng.pdf y <https://www.derechosdigitales.org/en/recursos/feminist-reflections-for-the-development-of-artificial-intelligence/>

materia, por comprender a la Europa más amplia y también por estar abierto a la firma y adhesión de cualquier Estado del mundo, y no sólo a Estados Miembros del Consejo de Europa. Asimismo, existen otros esfuerzos importantes en los ámbitos regionales, el más notable, la Ley Modelo Interamericana para abordar la violencia digital contra las mujeres por motivos de género, que desarrolla la Convención Belém do Pará, aplicable en la mayoría de los Estados de América Latina y el Caribe. Aunque la Ley Modelo no está dedicada al diseño y funcionamiento de la IA como núcleo central, es relevante para el campo de la IA, habida cuenta de que en ocasiones la violencia de género digital se manifiesta y perpetúa mediante el uso de herramientas de IA.

71. Asimismo, se considera que habría que continuar, replicar y expandir distintos esfuerzos de cooperación interregional y entre mecanismos, dirigidos al intercambio de conocimiento y construcción de sinergias y posturas compartidas, como la Plataforma EDVAW que comprende a los siete mecanismos sobre igualdad de género en los ámbitos de Naciones Unidas y regionales de derechos humanos (europeo, interamericano y africano). Lo anterior contribuiría a reforzar la promoción y protección de los derechos humanos de las mujeres y las niñas y construir la igualdad sustantiva de género en torno a la IA de forma más efectiva y armonizada. Este tipo de iniciativas son particularmente cruciales en el contexto global de retrocesos en la igualdad de género que se ha referido en el presente artículo.

72. Asimismo, como se ha documentado en el presente artículo, aun en el contexto de los riesgos de género en el entorno de la IA, exacerbados por el ambiente actual de ataques generales contra la igualdad de género, muchas organizaciones y redes de la sociedad civil han articulado iniciativas de respuesta y reacción. El reto de la etapa actual es pasar de las posturas meramente reactivas a las iniciativas constructivas y proactivas, un punto en el que ya están avanzando también distintos movimientos y organizaciones de la sociedad civil, incluyendo varias asociaciones feministas, así como organizaciones de hombres comprometidos con la igualdad de género. A través de esta labor de la sociedad civil, se han elaborado propuestas sólidas, creativas y constructivas para promover, integrar y garantizar la igualdad de género en la IA, y se han configurado sugerencias tecnológicas concretas para lograr este objetivo en la práctica.

73. La igualdad de género en la IA debe construirse, por tanto, como eje guía de la normatividad y de la política pública en materia de IA y debe guiar también la acción de las empresas en relación con los derechos humanos, incluyendo prioritariamente a las *Big Tech*. Sobre la base del principio de *human in the loop*, aplicando una perspectiva de género con base en las normas y estándares de derechos humanos aplicables, puede derivarse lo que en este artículo se ha identificado como el principio de *women in the loop*. Particularmente, con base en los estándares más recientes, incluyendo la Recomendación General número 40 del Comité CEDAW sobre paridad de género, así como los principios y disposiciones aplicables de la Convención de los Derechos del Niño y su Observación General número 25 sobre tecnología digital, habría que garantizar precisamente una participación paritaria, integral y significativa de las mujeres (y niñas) en toda su diversidad en la integralidad de los procesos y toma de decisiones respecto de la IA: desde el diseño hasta su aplicación, ejecución, medición y evaluación. Habría, asimismo, que implementar y garantizar el cumplimiento del principio de *women in the loop* en los tres elementos fundamentales involucrados en el funcionamiento de la IA: bases de datos, algoritmos y *hardware*.

75. La IA involucra distintos riesgos para las mujeres y las niñas -la mitad de la población mundial- así como para las personas de minorías sexuales y de género, debido a visiones explícita o implícitamente patriarcales, y en algunos casos misóginas, que se encuentran imbuidas en la IA. Con frecuencia, los sistemas y herramientas de la IA reproducen, perpetúan y exacerbaban las desigualdades preexistentes y los estereotipos dañinos de género. Al mismo tiempo, la IA implica una oportunidad para la aceleración de la igualdad de género si se aplica en su diseño, despliegue y monitoreo, una perspectiva de género basada en los derechos humanos, así como una intención dirigida y proactiva de construcción de la igualdad sustantiva de género como uno de los retos más apremiantes en el contexto global actual.

Impacto en la UE de la fiscalidad del teletrabajo transfronterizo. ¿Son necesarios nuevos criterios de atribución de rentas entre los Estados miembros?

Impact of cross-border telework taxation in the EU. Are new criteria for the allocation of income between States necessary?

DIANA FERRER VIDAL*

*Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario
ESADE Law School, URL*

Recibido: 09.12.2025 / Aceptado: 15.01.2026

DOI: 10.20318/cdt.2026.10289

Resumen: El teletrabajo en la UE, impulsado por la digitalización y la pandemia, plantea retos fiscales inéditos. La movilidad virtual desdibuja las fronteras tradicionales de la tributación, generando incertidumbre sobre el Estado competente para gravar las rentas. La figura del teletrabajador transfronterizo y del nómada digital intensifica la competencia entre Estados miembros por atraer residentes fiscales, cuestionando principios clásicos de territorialidad y residencia. Este estudio analiza el marco normativo aplicable cuando el teletrabajador opera desde un país distinto al del empleador. ¿Debe tributar en el Estado de la prestación o en el de la sede empresarial? A partir de las propuestas del Consejo Económico y Social Europeo y la normativa de Seguridad Social, se plantean criterios para armonizar la fiscalidad del teletrabajo, garantizando seguridad jurídica y simplificación administrativa.

Palabras clave: Acuerdo Marco de la Seguridad Social, Comité Económico y Social Europeo, rendimientos del trabajo, teletrabajo, transfronterizo.

Abstract: Remote work in the European Union, driven by digitalization and the pandemic, poses unprecedented tax challenges. Virtual mobility blurs traditional taxation boundaries, creating uncertainty about which State is competent to levy income. The figure of the cross-border teleworker and the digital nomad intensifies competition among Member States to attract tax residents, questioning classical principles of territoriality and residence. This study examines the regulatory framework applicable when the worker operates from a country different from that of the employer. Should taxation occur in the State of work or in the State of the company's headquarters? Based on the proposals of the European Economic and Social Committee and Social Security regulations, criteria are suggested to harmonize telework taxation, ensuring legal certainty and administrative simplification.

Keywords: cross-border, employment income, European Economic and Social Committee, Social Security Framework Agreement, telework.

Sumario: I. Introducción: de la pandemia al teletrabajo. 1. Implementación del teletrabajo en la UE como punto de partida. 2. Definición de conceptos básicos: del trabajo a distancia al teletrabajador transfronterizo. 3. Especial análisis de los trabajadores transfronterizos vs trabajadores fronterizos. ¿Pueden los trabajadores transfronterizos considerarse trabajadores transnacionales? . II. Impacto de la tributación actual del teletrabajo en los estados de la UE. 1. ¿Qué papel juegan

*diana.ferrer@esade.edu

los teletrabajadores transfronterizos en la lucha de los estados para retener y ampliar el número de residentes fiscales? 2. ¿Qué estados capturan mayor renta del teletrabajador transfronterizo? . III. ¿Son necesarios nuevos criterios de atribución de rentas en el trabajo transfronterizo? al hilo del dictamen del comité económico y social europeo. 1. Normativa actual de la fiscalidad del teletrabajo transfronterizo. 2. ¿Qué estado debería considerarse estado de la fuente en escenarios de teletrabajo transfronterizo? estado de residencia del empleador vs estado desde el que se teletrabaja. 3. Comité Económico y Social Europeo: apuesta por el estado de residencia del empleador. 4. Comparativa entre la solución propuesta por el Comité Económico y Social Europeo y la normativa actual (art. 15 mcode) 5. Propuesta del acuerdo Marco Europeo de la Seguridad Social. ¿Podría ser aplicable a la fiscalidad? . IV. Conclusiones y reflexiones finales. – V. Bibliografía.

I. Introducción: de la pandemia al teletrabajo

1. Implementación del teletrabajo en la UE como punto de partida

1. Transcurridos ya más de cinco años desde la pandemia de la COVID-19, que mantuvo cerca de cuatro mil millones de personas confinadas en sus hogares mientras la economía seguía girando, no es nada novedoso a estas alturas afirmar que el teletrabajo, que nació como la única alternativa que permitía la comunicación, ha llegado para quedarse.

2. El teletrabajo como fenómeno ha revolucionado sectores como la medicina, siendo cada vez más frecuentes las consultas médicas por videollamada o el seguimiento remoto de pacientes. También el sector de la educación se ha visto alterado proliferando los cursos online de todo tipo de grados, posgrados y cursos. El número de trabajadores que actualmente teletrabajan total o parcialmente desde su domicilio se ha visto multiplicado exponencialmente en los últimos años y no parece que esta tendencia vaya a la baja, sino más bien todo lo contrario.

3. Siendo éste el panorama actual, la fiscalidad no debería quedarse atrás y adaptarse a la nueva realidad debería ser imperativo, aunque no sorprenderé al lector si se afirma que cualquier cambio que implique cesión de soberanía fiscal suele ser percibido con reticencia por parte de los Estados. El presente estudio pretende analizar la normativa actual y concluir si es necesario una modificación legislativa que permita a los Estados sentirse cómodos con la nueva realidad.

4. Como paso previo al análisis del impacto de la fiscalidad del teletrabajo, es menester visualizar algunos datos que muestran el diferente arraigo del teletrabajo en los distintos Estados de la UE.

5. Si bien es cierto que los modelos híbridos en los que se permite teletrabajar unos días concretos a la semana son los más implementados, en el otro extremo, han irrumpido con fuerza los nómadas digitales, los cuales pueden desarrollar la totalidad de su trabajo a través de medios telemáticos, lo que permite una absoluta movilidad a cualquier jurisdicción sin necesidad de vincularse a ningún territorio.

6. En cualquier caso, el teletrabajo tiene una adopción muy dispar en los distintos Estados de la Unión Europea, tal y como muestra la Encuesta Europea de Fuerza del Trabajo de Eurostat sobre la población activa, tomando el ejercicio 2023 como último período de referencia. Respecto el trabajo *habitual* Finlandia encabeza la UE con un 22,2%, seguido de Irlanda (21,8%), Suecia (15,3%) y Bélgica (14,6%). Especialmente curioso resulta el caso de Países Bajos, que lidera con diferencia el teletrabajo ocasional, llegando a alcanzar el 38,7%, mientras que cuando se refiere a trabajo habitual cae al 13,3%. Nótese que la modalidad de teletrabajo cuenta con poca implantación en países de Europa del Este, como en Bulgaria (1,1%), Rumanía (1,2%), Grecia (1,9%) y Chipre (3,8%). La media europea se sitúa en 9,1%, situándose España en un 7,2%, prácticamente dos puntos porcentuales por debajo. Si se toma en consideración la totalidad del teletrabajo, ocasional y habitual, la media europea se sitúa en un 22,4% y España en un 14,3%.

7. No es el presente estudio un análisis sobre las bondades o desventajas del teletrabajo sino sobre su fiscalidad pero para ello es interesante conocer determinados datos para situarnos en la cuestión. Las estadísticas del teletrabajo recopilan los porcentajes de trabajadores que con apoyo digital no se desplazan al centro de trabajo, pero no especifica qué trabajadores siguen siendo residentes fiscales en otros países de la UE. A modo de ejemplo, cierto es que en Finlandia, probablemente, debido a la climatología y a las dificultades que ello supone al desplazamiento, se ha implantado de forma generalizada el teletrabajo pero sabemos que precisamente por esas mismas condiciones, Finlandia no es un país atractivo para un nómada digital. Quizás el flujo de movimiento será en sentido contrario, es decir, trasladarse a otro territorio de la UE pero seguir empleado en una empresa residente en Finlandia. De hecho, en Europa, Madeira, Lisboa, Berlín y Barcelona están entre las ciudades más atractivas para los nómadas digitales.

8. De nuevo, afloran con fuerza las cuestiones señaladas anteriormente que pueden resumirse en la siguiente reflexión: Si el teletrabajo permite el desplazamiento entre Estados, es necesario establecer normas internacionales que especifiquen qué Estado captura el beneficio generado por esa labor. El trabajo entre dos Estados ya hace años que está regulado en los Convenios para evitar la doble imposición (m) pero el teletrabajo hace imperativo revisar dichos acuerdos, tomando en consideración la opinión de la UE a través de los Dictámenes emitidos por el Comité Económico y Social Europeo (CESE). Y no será fácil alcanzar un acuerdo, puesto que no es lo mismo ser un Estado receptor de teletrabajadores que un Estado empleador de teletrabajadores residentes en otros territorios.

2. Definición de conceptos básicos: del trabajo a distancia al teletrabajador transfronterizo

9. Antes de abordar el análisis jurídico sobre el tema que nos ocupa, procede definir claramente los conceptos que juegan un papel relevante en la regulación actual; y para ello debemos acudir al art. 2 de la Ley 10/2021 de 9 de julio, del Trabajo a Distancia. Se acostumbra a asociar el trabajo a distancia al uso de tecnología, aunque *strictu sensu*, según citado artículo, se trata de una “*forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular*” en contraposición respecto al trabajo presencial que “*se presta en el centro de trabajo o en lugar determinado por la empresa.*”

10. Podría decirse que el teletrabajo es una modalidad del trabajo a distancia, siendo “*aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación*”. Por tanto, la cuestión esencial del teletrabajo y que define el hecho en si mismo, es básicamente el uso de una red de telecomunicaciones en conexión con una empresa o centro empleador.

11. En pleno s. XXI y en la era de la digitalización, se nos hace lejano pensar en trabajos a distancia sin el componente tecnológico, como pudiera ser antaño una traducción de documentos que se envían por correo postal; aunque todavía existen sectores como el del arte, en el que es posible trabajar sin conexión digital, como pudiera ser un encargo por teléfono de una ilustración, un retrato o una encuadernación. Por tanto, a día de hoy, y a pesar de existir residualmente trabajo a distancia sin apoyo tecnológico, se asocia trabajo a distancia con el teletrabajo. Así pues, todo teletrabajo es trabajo a distancia pero no todo el trabajo a distancia demanda el uso imperativo de tecnología digital.

12. A los efectos del presente estudio, es imprescindible la introducción del concepto internacional, lo que posibilita la división del teletrabajo en dos subgrupos, aquellos trabajadores que teletrabajan y residen en el mismo territorio que el empleador, y aquellos cuyo trabajo beneficia a un empleador residente en otro Estado. Y es en este escenario, cada vez más frecuente, que se adopta el término de “teletrabajador transfronterizo” pero curiosamente la normativa fiscal, a pesar de utilizarlo con frecuencia,

no lo ha definido. Sin ir más lejos, CESE ha emitido dos dictámenes sobre la materia incluyendo este mismo vocablo en el título del propio estudio, aunque no hay duda que es un término acuñado dentro del marco normativo europeo.

13. No debería sorprender que haya sido la normativa laboral quien se ha adelantado en cuanto a definiciones se refiere. En concreto, el reciente y novedoso Acuerdo Marco de la Seguridad Social, relativo a la aplicación del apartado 1 del artículo 16 del Reglamento nº 883/2004, nos brinda la siguiente definición de “teletrabajo transfronterizo” que merece la pena transcribir:

«teletrabajo transfronterizo»: toda actividad que pueda ejercerse desde cualquier lugar y que podría realizarse en los locales o en el domicilio del empleador y que:

1. se lleva a cabo en uno o varios Estados miembros distintos de aquel en el que están situados los locales o el domicilio del empresario, y
2. se basa en las tecnologías de la información para permanecer conectado con el entorno de trabajo del empleador o de la empresa, así como con los interesados/clientes, a fin de cumplir las tareas que el empleador o los clientes asignen al trabajador, en el caso de los trabajadores por cuenta propia.

14. Por tanto, según la definición que nos brinda el Acuerdo Marco consensuado en el seno de la UE, un trabajador que teletrabaja desde un Estado miembro para un empleador en otro Estado miembro se considera teletrabajador transfronterizo. Obsérvese que no requiere de dos Estados que compartan frontera, sino únicamente que sean Estados miembros y que el trabajo se desarrolle con tecnologías de la información. Se analizará a continuación si en la fiscalidad el significado discurre en el mismo sendero o existen matices.

3. Especial análisis de los trabajadores transfronterizos vs trabajadores fronterizos. ¿Pueden los trabajadores transfronterizos considerarse trabajadores transnacionales?

15. En menester perfilar la definición de los conceptos y cómo el contexto actual puede incluso modificar su significado. La reflexión que nos ocupa es saber si existe una diferencia clara entre trabajador transfronterizo y trabajador fronterizo. De hecho, algunos CDI entre dos territorios fronterizos abordan la cuestión. Si nos centramos en las definiciones que ofrece la Real Academia Española, como sinónimo de “fronterizo” proporciona términos como *límitrofe*, *colindante*, *contiguo* o *vecino*. En cambio, “transfronterizo” es un adjetivo que se refiere a “*aquel que traspasa fronteras, el que opera por encima de las fronteras*”.

16. En esta misma línea se sitúa el artículo 1f) del Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 abril de 2004, sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social, que define el trabajador fronterizo como “*toda persona que realice una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro y resida en otro Estado miembro al que regrese normalmente a diario o al menos una vez por semana*”. También algunos CDI, como el de España-Portugal cuyo art. 15.4 especifica que “*un trabajador fronterizo es aquel que tenga una vivienda habitual en el otro Estado contratante al que normalmente retorna cada día*”. Se trata de contribuyentes que viven en zonas fronterizas *stricto sensu*.

17. Así, mientras el concepto “fronterizo” está debidamente definido en la normativa europea, el término “transfronterizo” no lo está, lo cual es sorprendente en la medida en que se utiliza con frecuencia en informes y estudios. En cualquier caso, en contraposición el término “fronterizo” y tomando como base la regulación laboral, entendemos que en el caso de trabajadores transfronterizos, la actividad se desarrolla en un Estado miembro distinto del de residencia del empleado, independientemente de la proximidad de la frontera física. Quizás el término más adecuado y que no originaría confusiones es del “transnacional”, tal y como acertadamente proponer EXTREMERA. La precisión no es baladí en la medida en que, según la mayoría de CDI la renta de trabajo ocasionada por un trabajador fronterizo

tributará en sede de residencia, mientras que en el caso de trabajadores “transnacionales” pueden tributar en el Estado de la empresa.

18. Los escenarios actuales se complican en la medida en que el trabajador se convierte en *teletrabajador*, el cual puede “teletrabajar” desde una zona fronteriza o para cualquier otro Estado miembro con el que no se comparta frontera. Es precisamente en este aspecto en el que aflora la siguiente reflexión: si el trabajador teletrabaja desde su Estado de residencia y ya no es necesario “cruzar la frontera a diario”, ¿qué diferencia existe entre un trabajador que reside y teletrabaja desde una zona fronteriza en España para una empresa portuguesa de aquel trabajador que también reside y teletrabaja desde España pero lo hace para una empresa residente en Países Bajos? La irrupción del teletrabajo ha afectado tanto a trabajadores fronterizos como a los transnacionales, lo que debería hacernos plantear si no se merecen ambas situaciones el mismo tratamiento fiscal. A estos efectos se indica que, efectuada esta precisión terminológica no menor, en el presente trabajo nos referimos a trabajador transfronterizo como aquel trabajador transnacional que reside en un Estado miembro cuyo empleador reside en otro Estado miembro.

19. Por último, no podíamos finalizar este apartado sin aludir al concepto de *nómada digital*, definido por CARRASCOSA BERMEJO como aquellos “teletrabajadores que viajan continuamente sin asentarse en ningún lugar específico. Pueden ser definidos como teletrabajadores por cuenta ajena o propia digitalizados que llevan a cabo su actividad de forma itinerante siempre que puedan conectarse a la red”. Otra cosa es que a pesar de poder trabajar en remoto la totalidad de su tiempo, decidan establecerse en un territorio de manera más fija, lo que les puede llevar a crear vínculos con una jurisdicción en concreto y de ahí la generación de una residencia fiscal. Por tanto, un trabajador transfronterizo se mueve habitualmente entre dos Estados pero un *nómada digital* utiliza la tecnología para trabajar en remoto desde cualquier lugar.

II. Impacto de la tributación del teletrabajo en los estados de la UE

1. ¿Qué papel juegan los teletrabajadores transfronterizos en la lucha de los Estados para retener y ampliar el número de residentes fiscales?

20. El papel de los teletrabajadores transfronterizos y los *nómadas digitales* es absolutamente crucial en la carrera de los Estados para retener y ampliar el número de residentes fiscales, ya que su creciente movilidad desafía las premisas fiscales tradicionales e impulsa la competencia entre jurisdicciones.

21. Esta nueva realidad del trabajo a distancia, acentuada evidentemente por la digitalización en la pandemia de la Covid-19, ha convertido a los teletrabajadores en un recurso económico muy cotizado. La primera consecuencia directa que el aumento del teletrabajo ha conferido a los individuos es un alto grado de flexibilidad para realizar sus funciones desde cualquier lugar, rompiendo la necesaria coincidencia entre el lugar de trabajo del empleado y la sede del empleador. Sin duda es comprensible que esta flexibilidad permita a los teletrabajadores optar por trasladar su residencia fiscal en aquellos territorios con una fiscalidad más favorable, abriendo la puerta a estrategias de planificación fiscal personal.

22. Este nuevo escenario obliga a las administraciones tributarias a revisar los criterios de residencia fiscal, especialmente en casos donde existe una desconexión entre el lugar de trabajo y el de residencia, lo que genera una inevitable consecuencia: la competencia fiscal entre Estados. En otras palabras, la flexibilidad puede incentivar una “carrera a la baja” entre países que ofrecen regímenes fiscales atractivos para captar contribuyentes móviles, como los *nómadas digitales*. Todo ello tiene un impacto directo sobre la recaudación tributaria, puesto que determinados Estados de la UE con una alta tributación pueden ver reducida su base imponible si los contribuyentes con mayor capacidad económica trasladan su residencia a territorios con fiscalidad más laxa.

23. En este sentido, es interesante realizar una reflexión previa y plantearnos cómo es el teletrabajador medio. Según un estudio reciente del 2024, el perfil medio del teletrabajador en España tiene entre 25 y 44 años, cuenta con estudios superiores y reside en las grandes ciudades con un salario medio de más de 36.000 euros. Los sectores más proclives para permitir a sus trabajadores desempeñar sus funciones en remoto son la tecnología, la consultoría y las finanzas, que en general ofrecen más flexibilidad y mejor remuneración. Estos datos no son triviales, en la medida en que, cuanta más preparación tenga el teletrabajador se situará en un rango superior de sueldo, lo cual no ha pasado desapercibido por los Estados miembros que no quieren perderse la recaudación generada por los trabajadores transfronterizos. No son pocos los estudios económicos que demuestran el impacto económico del teletrabajo en la productividad. Es obvio que ningún Estado de la UE quiera renunciar a esta porción significativa del mercado.

24. En resumen, el teletrabajador transfronterizo actúa como catalizador de la competencia fiscal, obligando a los Estados a adaptar sus normativas, especialmente para atraer a estos “nuevos contribuyentes”.

2. ¿Qué Estados capturan mayor renta del teletrabajador transfronterizo?

25. Aunque las fuentes actuales proporcionan más información sobre las estrategias de atracción (visados y regímenes fiscales favorables) que sobre datos macroeconómicos de recaudación neta de teletrabajadores transfronterizos, podemos identificar los Estados que están tomando medidas activas para captar esta base imponible y aquellos que tradicionalmente han sido grandes receptores de trabajo transfronterizo.

26. Ante el actual contexto de alta movilidad, los Estados no únicamente pretenden capturar la renta del teletrabajador sino que algunos de ellos dan un paso más allá proporcionando regímenes fiscales para atraer a nuevos trabajadores. España es uno de ellos pero no el único; también Portugal e Italia se sumaron a la carrera de ser un país de acogida de nuevos nómadas digitales, aunque estos dos últimos territorios han limitado los incentivos de su propio régimen. No debe ser casualidad que se trate de territorios en los que la climatología, la calidad y el coste de vida llegan a ser factores clave en la decisión de establecerse en otro país.

27. Varios Estados europeos han adoptado regímenes preferenciales o visados especiales para atraer teletrabajadores internacionales y convertirlos en residentes fiscales. En el caso de España el régimen de impatriados, conocido popularmente como Ley Beckham, hace años que funciona cuya finalidad es la atracción de talento extranjero proporcionando una tributación al tipo del Impuesto sobre la Renta de No Residentes (24%) sobre los primeros 600.000 euros, frente al tipo impositivo marginal máximo de IRPF del 47% durante el año de traslado y los cinco sucesivos. La novedad consiste en que los trabajadores que se instalen en España pero que teletrabajen para una empresa no residente en territorio español y obtengan el visado de nómada digital también podrán acogerse a ese régimen favorable. Este tipo de políticas fiscales tienen una mirada más larga que pretende no únicamente capturar la renta de nuevos residentes fiscales sino también la tributación asociada a su consumo.

28. En el siguiente bloque se analizarán cuáles son las normas actuales de reparto de la potestad tributaria pero se adelanta en este epígrafe la existencia real de un riesgo de pérdida de recaudación percibido por aquellos Estados que albergan empresas que ofrecen la posibilidad de teletrabajar desde el extranjero. Las normas fiscales tradicionales basadas en el Modelo de Convenio de la OCDE (MCOCD) están construidas sobre la premisa de la presencia física del trabajador, lo que las deja alejadas de la realidad actual del teletrabajo. Si un trabajador no residente teletrabaja íntegramente desde el extranjero para una empresa residente en territorio español, España no estaría habilitada para gravar su salario según el artículo 15 del MCOCD, incluso si la retribución es soportada por la empresa española y los servicios se aprovechan en España.

29. En estos escenarios de “teletrabajo puro” desde el extranjero, la potestad tributaria queda enteramente en manos del Estado de residencia del empleado. En cambio, en los casos de trabajadores transfronterizos que no teletrabajan un 100%, la normativa actual, a través de los Convenios bilaterales suscritos entre los Estados, prevé que dos jurisdicciones puedan repartirse la potestad tributaria según el tiempo real de permanencia en cada uno de ellos, siempre que se cumplan determinados requisitos. La UE se ha pronunciado sobre el modelo actual de asignación de la imposición y propone cambios sustanciales al respecto, cuyo análisis es la base del presente estudio.

30. En este sentido se ha pronunciado la profesora ESCRIBANO quien sugiere a España, o a cualquier otro Estado, que explore la posibilidad de eliminar la exigencia de la presencia física del trabajo en el territorio de la fuente cuando el empleado está contratado por una empresa residente en el Estado de residencia del empleador. Ello supondría que en escenarios de “teletrabajo puro” en los que el trabajador teletrabaja desde su domicilio y no ha habido desplazamiento alguno, el Estado del pagador podría capturar parte de la renta del trabajo generada por un trabajador al que quizás no ha visto físicamente en todo el año pero sí le ha estado pagando el sueldo y su servicio ha sido aprovechado en dicho territorio.

31. A fecha de hoy no tenemos datos actuales que clasifiquen los países de la UE entre aquellos que más teletrabajadores no residentes atraen *versus* aquellos que cuentan con empresas que contratan teletrabajadores no residentes. Ciertamente contamos con los datos de teletrabajo en los distintos Estados de la UE pero en esas cifras no se pueden cuantificar los trabajadores que ya eran residentes y teletrabajan para empresas residentes en su mismo Estado respecto de los que teletrabajan desde un territorio para empresas no residentes. En este sentido, es curioso leer como el Parlamento Europeo, a través de una publicación de la Dirección General de Estudios, ya en 1995 alertó de la falta de datos sobre esta cuestión, señalando que “el análisis cuantitativo exacto del fenómeno transfronterizo presenta importantes dificultades, dada la falta de elementos estadísticos confiables. En efecto, a nivel europeo no existen cifras recientes compiladas sobre la base de un sistema normalizado y armonizado. Ni la Comunidad Europea ni la OCDE ni el Consejo de Europa disponen de datos exactos”, reflexión que podría ser aplicable en nuestros días.

32. Aun así, y tomando con cautela dicho estudio en la medida en que hace treinta años no existía el fenómeno del teletrabajo, el citado estudio del Parlamento Europeo basándose en datos disponibles de la Seguridad Social, concluye que por aquel entonces Francia, Italia, Bélgica, Alemania y Austria se podían considerar como los “países suministradores” de mayor mano de obra transfronteriza, mientras que Suiza, Luxemburgo, Alemania, Mónaco y los Países Bajos son los principales receptores. No debe olvidarse que este estudio tenía como muestra, entre otros, aquellos trabajadores que residiendo en una zona fronteriza la mayoría de ellos volvía a dormir a casa cruzando la frontera cada día o al menos una o dos veces por semana.

33. En todo caso, este estudio demuestra que algunos Estados europeos ya eran en esos tiempos y siguen siéndolo, centros de trabajo y sedes de empresas que atraían talento extranjero. Ahora, con el teletrabajo, otros Estados como España, Italia o Portugal, con sus visados especiales para teletrabajadores internacionales, pretenden capturar impuestos derivados de nuevas residencias fiscales.

III. ¿Son necesarios nuevos criterios de atribución de rentas en el teletrabajo transfronterizo? al hilo del dictamen del Comité Económico y Social Europeo

1. Normativa actual de la fiscalidad del teletrabajo transfronterizo

34. En un contexto de creciente movilidad laboral y digitalización, comprender dónde tributan los teletrabajadores transfronterizos se ha convertido en una cuestión clave para garantizar la seguridad jurídica y evitar la doble imposición. La fiscalidad del teletrabajo plantea desafíos inéditos que requieren una revisión crítica de los convenios internacionales y de las normas internas de los Estados.

35. Los convenios suscritos entre los distintos Estados para evitar la doble imposición regulan en su artículo 15 el reparto de la potestad tributaria respecto a la renta del trabajo. De su lectura se desprende que entran en juego dos jurisdicciones: el Estado de residencia del trabajador y el Estado en el que este se desplaza y realiza su trabajo. Sin embargo, hoy puede aparecer con frecuencia un tercer actor: el Estado desde donde el trabajador teletrabaja, que puede coincidir o no con el de residencia. Por ejemplo, un residente en España que trabaja para una empresa en Berlín puede teletrabajar algunos días desde una isla griega, lo que complica la determinación del Estado competente para gravar la renta.

36. La casuística en cuestiones de residencia y desplazamiento es enorme. Antes del Covid-19 era habitual la presencia física para ejercer un empleo en otro Estado, e incluso este desplazamiento podía motivar un cambio de residencia fiscal. Ahora, la posibilidad de trabajar en remoto permite no desplazarse al país del empleador o hacerlo desde un tercer Estado, alterando la residencia original. Como señala MORIES JIMÉNEZ, podemos encontrarnos con trabajadores que antes desarrollaban su labor en España y ahora se trasladan fuera por motivos de teletrabajo internacional, lo que obliga a analizar si España pierde recaudación. También hay casos inversos: teletrabajadores que no eran residentes fiscales y eligen España para trabajar en remoto para empresas situadas dentro o fuera del territorio.

37. Antes de extraer conclusiones, es necesario revisar la regulación internacional. Actualmente, son los convenios para evitar la doble imposición los que resuelven el reparto de potestad tributaria, junto con la normativa interna aplicable en ausencia de convenio, algo poco frecuente entre países de la UE por su amplia red de acuerdos bilaterales. La regla general atribuye la tributación al Estado de residencia, evitando la doble imposición. No obstante, el Estado de la fuente, es decir, el país donde se realiza físicamente el trabajo también puede gravar la renta si se cumplen ciertos requisitos que acrediten la vinculación del trabajador con ese territorio. En concreto, el Estado fuente podrá gravar la renta si el trabajador permanece más de 183 días en su territorio. Si la estancia es menor, podrá hacerlo cuando el pagador sea una empresa residente en el Estado fuente o tenga un establecimiento permanente (EP) desde el que se asume el pago del salario. Pero inclusive en este supuesto, la presencia física es imprescindible: sin ella no hay potestad para gravar. A título de ejemplo, si un residente belga trabaja para una empresa belga un 25% desde Bruselas y un 75% desde Málaga, España podrá gravar ese 75%. Ahora bien, si la proporción se invierte, España no podrá gravar ese 25%, salvo que la empresa pagadora sea española. Ahora bien, si ese mismo trabajador belga, aunque trabaje para una empresa española, teletrabaja 100% en remoto desde Bruselas, España carece de potestad para gravar renta alguna.

38. En todo caso, la tributación se limita a los días efectivamente trabajados en el territorio, lo que generará una doble imposición, puesto que el trabajador deberá tributar en su país de residencia por todas sus rentas mundiales y en el país fuente únicamente por las rentas generadas en su territorio. Es el Estado de residencia el que debe diseñar mecanismos para eliminar esa doble imposición internacional.

39. Los convenios parten de la premisa de que el Estado de la fuente coincide con el del empleador y el lugar de trabajo, algo que el teletrabajo desvirtúa. La falta de armonización normativa en la UE genera incertidumbre para trabajadores y empresas. El teletrabajo rompe el esquema clásico y plantea retos como definir el Estado fuente, evitar la doble imposición y garantizar seguridad jurídica. En conclusión, la movilidad digital exige adaptar los convenios internacionales y las normas internas a una realidad en la que el lugar de trabajo ya no es fijo. La coordinación internacional y la adopción de soluciones normativas innovadoras son imprescindibles para afrontar este nuevo escenario.

2. ¿Qué Estado debería considerarse Estado de la fuente en escenarios de teletrabajo transfronterizo?

40. La reflexión que corresponde ahora es determinar a qué jurisdicciones les beneficia la regulación actual en escenarios donde el teletrabajo se aproxima al cien por cien. Pensemos en empresas

multinacionales que operan sin oficinas físicas y con miles de empleados trabajando en remoto desde distintos lugares del mundo. Este modelo de gestión empresarial y de relación laboral no es una hipótesis futura; ya existe y todo indica que ha llegado para quedarse. La tecnología y la globalización han permitido que el lugar físico del trabajo pierda relevancia, pero esta transformación plantea interrogantes fiscales que los convenios internacionales aún no han resuelto.

41. En estos nuevos modelos de teletrabajo puede aparecer un tercer Estado desde el cual se desarrolla, al menos parcialmente, la actividad laboral sin ser el Estado de residencia del trabajador ni el del empleador. Surge entonces la cuestión clave: ¿qué debe considerarse Estado de la fuente? ¿El Estado desde el que el trabajador teletrabaja? ¿El Estado donde se ubica el centro de trabajo al que pertenece el empleado? ¿O el Estado de residencia del empleador, que no necesariamente coincide con el territorio del centro de trabajo? Incluso podría suceder que el empleador carezca de un centro físico, lo que complica aún más la identificación del Estado fuente.

42. La lectura del artículo 15 del MCOCDE permite intuir que se exige presencia física en el Estado fuente, algo lógico si se considera el contexto prepandemia en el que se redactó. El texto utiliza expresiones como “desarrollar” o “ejercer” el trabajo dependiente en el otro Estado contratante, lo que implica desplazamiento. Esta interpretación se confirma en los Comentarios al artículo 15, donde se establece que el trabajo por cuenta ajena se considera realizado en el lugar donde el empleado está físicamente presente cuando ejecuta las actividades por las que recibe la remuneración. En consecuencia, un residente de un Estado que percibe una renta por trabajo dependiente no puede ser gravado en otro Estado solo porque los resultados de su trabajo se exploten allí. No hay duda: el Estado fuente es aquel donde el trabajador presta físicamente sus servicios. En otras palabras, la normativa actual no deja margen de interpretación: el derecho de gravamen corresponde al Estado donde el trabajador permanece físicamente, como confirma la consulta V2223-22.

43. Este criterio deja fuera de la potestad tributaria al Estado de residencia del empleador o del EP que soporta el pago, salvo que coincida con el Estado donde el trabajador está presente. Se insiste en que el artículo 15 se redactó bajo la premisa de que el lugar de trabajo y el del empleador coinciden, algo que el teletrabajo desvirtúa. Hoy, la movilidad digital permite escenarios impensables hace una década, y la normativa internacional no ha evolucionado al mismo ritmo.

44. Imagínese un caso práctico: un residente en Irlanda teletrabaja varios meses al año desde España para una empresa con sede en Dinamarca, sin desplazarse nunca a territorio danés. Aquí intervienen tres jurisdicciones: Irlanda como Estado de residencia, España como lugar de presencia física y Dinamarca como sede del empleador. ¿Cuál es el CDI a tomar en consideración, el de Irlanda-España o Irlanda-Dinamarca? En virtud de la normativa actual, claramente el CDI aplicable sería el de Irlanda-España; Irlanda, como Estado de residencia y España, como Estado fuente, puesto que sigue primando la presencia física. Ahora bien, que la normativa no genere duda no implica que no deba ser cuestionada.

45. Es precisamente en supuestos como éste que aflora el debate: ¿debería considerarse Estado fuente el país desde el que teletrabaja el empleado o el Estado que soporta el coste salarial? España podría alegar que el trabajador utiliza infraestructuras públicas durante su estancia, mientras que Dinamarca podría sostener que, aunque no hay desplazamiento, es su centro de trabajo quien financia el salario y deduce el gasto en su Impuesto sobre Sociedades. La elección del Estado fuente no es solo una cuestión técnica, sino también de eficiencia práctica. La tributación en el Estado fuente se articula mediante retenciones que efectúa el empleador, lo que exige conocer la residencia del trabajador, que puede variar, así como la normativa aplicable en cada territorio. Esta incertidumbre complica la gestión para las empresas y para las administraciones tributarias. En cualquier caso, este ejemplo ilustra la tensión entre el criterio de presencia física y la realidad económica del vínculo laboral.

46. La falta de actualización del MCOCDE y de los convenios bilaterales evidencia la necesidad de una normativa que incorpore el teletrabajo en sus disposiciones. La UE, consciente de esta problemática, estudia soluciones que armonicen criterios y eviten la doble imposición. Una directiva específica debería definir qué se entiende por Estado fuente en escenarios de teletrabajo, establecer reglas claras sobre la tributación proporcional según días trabajados en cada país y coordinarse con los regímenes de visados para nómadas digitales. Además, debería contemplar mecanismos para simplificar las obligaciones de retención y declaración, reduciendo la carga administrativa para las empresas. La libertad que una empresa decide otorgarle a sus trabajadores para teletrabajar en remoto desde cualquier lugar del planeta tiene enormes implicaciones tributarias para los Estados afectados.

47. En conclusión, el teletrabajo global plantea un desafío sin precedentes para la fiscalidad internacional. El criterio de presencia física, aunque útil, resulta insuficiente en un contexto donde el lugar de trabajo es dinámico y puede cambiar varias veces al año. La UE tiene la oportunidad de liderar una reforma que combine seguridad jurídica, eficiencia administrativa y equidad tributaria. Solo así se garantizará que los Estados mantengan su capacidad recaudatoria sin frenar la movilidad laboral que caracteriza la economía digital. La adaptación normativa no es opcional: es una necesidad urgente para responder a un modelo productivo que ya es presente y que seguirá expandiéndose en los próximos años.

3. Comité Económico y Social Europeo: Apuesta por el Estado de residencia del empleador

48. La UE ha canalizado la preocupación por la fiscalidad del teletrabajo a través del Comité Económico y Social Europeo (CESE), el cual, consciente del reto que supone para la fiscalidad la enorme movilidad en el entorno laboral, y sabedor que el art. 15 del MCOCDE puede quedar obsoleto, ha emitido dos Dictámenes sobre la cuestión, ambos presididos por el mismo ponente, Krister Andersson (ECO/585 de 5/7/2022 – Fiscalidad de los teletrabajadores transfronterizos y sus empleadores y C/2024/2479 de 14/2/2024 – Fiscalidad de los teletrabajadores transfronterizos en todo el mundo e impacto en la UE).

49. Ambos dictámenes incorporan el término “Teletrabajadores transfronterizos” y ciertamente puede pensarse que en realidad se refiere a trabajadores *fronterizos* al poner como ejemplo la compensación de tributación que han pactado Francia y el cantón de Ginebra (Suiza). Sin embargo, también hace referencia al art. 15 MCOCDE, que como se sabe, aplica a trabajadores transfronterizos o transnacionales. En cualquier caso, la reflexión pasa por determinar si la solución propuesta podría ser aplicable tanto a trabajadores que cruzan la frontera a diario como aquellos que son transfronterizos.

50. La UE reconoce que el auge del teletrabajo transfronterizo, impulsado exponencialmente por la pandemia de la COVID-19, ha provocado que la premisa tradicional sobre lugar de desempeño del trabajo haya quedado obsoleta (*lex loci laboris*). Gracias a las nuevas tecnologías, una persona puede realizar su actividad laboral desde cualquier lugar, rompiendo el vínculo territorial entre las oficinas de la empresa y el lugar donde se prestan los servicios. Partiendo de un ejemplo propuesto por el CESE, imagínese un trabajador que se desplazaba desde el País A (residencia) al País B (oficina del empleador) cinco días a la semana. Sus ingresos se gravaban tradicionalmente en el País B. Pero si ahora la persona ya no se desplaza al lugar de trabajo, sino que trabaja desde su domicilio en el País A para el empleador del País B, el derecho de gravar pasa de un país al otro. Sin embargo, continúa el Dictamen, “*el trabajo realizado para el empleador en el país B es el mismo que antes y el cambio se debe únicamente a la evolución tecnológica y la naturaleza cambiante del mercado laboral*”. Según el MCOCDE si el trabajador no se desplaza físicamente al país del empleador y teletrabaja desde su país de residencia, el Estado fuente no podrá gravar dichas rentas.

51. La solución propuesta por el CESE prima la residencia del Estado que genera el trabajo. En concreto, propone un sistema basado en la tributación en el Estado de residencia del empleador, precisamente porque la nueva realidad del teletrabajo rompe la coincidencia tradicional entre la ubicación del empleador y el lugar efectivo de trabajo. De hecho, el CESE, reconociendo los retos y las complejidades

del teletrabajo transfronterizo, propone una simplificación del sistema que consiste en la tributación *en exclusiva* de los ingresos salariales en el país de residencia del empleador. El argumento principal es que, dado que el trabajo se realiza para el empleador del País B, el derecho de gravar la renta debería permanecer en el País B (la empresa), ya que los costes salariales son deducibles para el cálculo del Impuesto de Sociedades en el País B. En concreto, recomienda la imposición de un umbral de 96 días en el país de residencia como límite. En palabras textuales, desde la UE se señala que “*una posibilidad sería que los Estados miembros aceptaran gravar únicamente al trabajador en caso de que el número de jornadas trabajadas en el país de que se trate supere los 96 días por año natural*”. Ello supone un matiz increíblemente importante respecto los Convenios actuales.

52. ¿A qué se refiere el umbral de los 96 días? ¿es equiparable al de 183 días establecido en el MCOCDE? No exactamente. De hecho, el CESE pretende simplificar la vida al teletrabajador y evitarle, en la medida de lo posible, que deba presentar dos declaraciones de renta. Esta propuesta tiene como objetivo establecer un límite de mínimos proponiendo que los Estados miembros podrían aceptar gravar al trabajador en su país de residencia solo si el número de jornadas trabajadas en dicho país supera los 96 días por año natural. La consecuencia práctica es clara: si el teletrabajador no supera los 96 días trabajando desde su país de residencia, se mantiene la tributación exclusiva en el Estado del empleador, evitando así la doble imposición y la carga administrativa de dos declaraciones.

53. En este mismo sentido, nos recuerda EXTREMERA, ya se pronunció en 2012 el TJUE en relación a la Seguridad Social, entendiendo que el “lugar del ejercicio de una actividad corresponde al derecho de la UE y no al derecho de los diferentes Estados miembros, ante el riesgo de que concurren definiciones contradictorias que ocasionen una doble cotización que penaliza al trabajador que ha ejercido su derecho a la libre circulación consagrado por el Derecho de la Unión”. La finalidad última es la de proteger al trabajador de un exceso de burocracia y duplicidad de declaraciones.

54. Sin embargo, el CESE reconoce que este nuevo criterio causaría una pérdida de ingresos en el Estado de residencia del trabajador, país desde el que teletrabaja y se utilizan los servicios públicos. Por ello se propone un mecanismo de reparto de ingresos para compensar la pérdida de ingresos fiscales en el Estado de residencia. ¿Y cómo debería funcionar este mecanismo? En nuestra opinión aquí se ubica la verdadera complejidad de la cuestión, la cual no es resuelta ni mucho menos por el CESE, quien únicamente sugiere que dicha compensación tenga en cuenta los días reales que el trabajador ha estado en cada territorio a través de un mecanismo de ventanilla única. Por tanto, la idea de “gravar la totalidad” en el Estado del empleador, tal como propone el CESE, no eximiría al pagador de la tarea de “rastrear” la residencia del trabajador, sino que transferiría esta obligación de notificación al empleador para que el sistema de reparto de ingresos pudiera funcionar. El CESE propone utilizar una “ventanilla única” (similar a la del IVA) en la que el empleador comunicaría los días trabajados por el empleado en cada país, permitiendo a las autoridades tributarias desglosar los ingresos a gravar.

55. Otra sugerencia de compensación es la utilización de algún índice macroeconómico, y aunque el documento no especifica índices reconocidos como el PIB, sí menciona como ejemplo el acuerdo bilateral que han alcanzado Francia y Suiza con el cantón de Ginebra. En virtud de dicho acuerdo, un trabajador que residente en Francia pero que trabaja para una empresa de Ginebra, seguirá tributando exclusivamente en Ginebra si teletrabaja desde Francia en un porcentaje igual o inferior al 40%, que son los ya conocidos 96 días sobre un total de 240 días totales laborables. En casos como el descrito, Ginebra pagará a Francia una compensación del 3,5% de los ingresos fiscales. *A sensu contrario*, si el trabajador teletrabaja desde Francia, su país de residencia, más del 40%, este acuerdo no aplica, lo que supone la aplicación del MCOCDE y su más que posible tributación en ambos estados en función del tiempo transcurrido en cada jurisdicción.

56. Es relevante mencionar que el acuerdo de compensación suscrito entre Francia y el cantón de Ginebra (Suiza) hace referencia a los trabajadores fronterizos y no transfronterizos. Ahora bien, si

ambos, tanto el trabajador fronterizo como el transfronterizo son teletrabajadores, ¿tendrá sentido seguir diferenciando ambos conceptos? ¿Debe ser la tributación distinta cuando ambos no se desplazan al centro de trabajo? Piénsese que los CDI's suelen ser más restrictivos y con frecuencia requieren que la residencia y el lugar de trabajo se encuentren en una zona fronteriza *strictu sensu*, que puede definir de manera bilateral cada Convenio. Quizás sería oportuno revisar los CDI's también en este aspecto. En este sentido, la posibilidad de compensación entre Estados no debería quedar reservada a Estados fronterizos, aunque ello merece ciertamente una profunda reflexión en cuanto a su aplicación práctica.

57. No parece una idea descabellada pretender que los Estados analicen sus transferencias netas de trabajadores a nivel global y establezcan reglas de compensación a partir de datos agregados de recaudación y días trabajados en el país de residencia. Ello permitiría a las autoridades tributarias dividir los ingresos sin necesidad de realizar un seguimiento individual detallado de los días de presencia de cada trabajador. Con este dato podría definirse el porcentaje de compensación, partiendo por ejemplo del volumen total de ingresos salariales generados por los teletrabajadores de un sector ponderando el coste medio de los servicios públicos, con el objetivo de repartir de manera equitativa el total de la recaudación entre Estados y no sobrecargar al trabajador con obligaciones fiscales en más de una jurisdicción.

4. Comparativa entre la solución propuesta por el Comité Económico y Social Europeo y la normativa actual (art. 15 MCOCDE)

58. Nótese que si bien es cierto que el CESE parte de la no coincidencia entre Estado del empleador y Estado desde el cual se desempeña el trabajo, sí parece que asume que el trabajador teletrabaja desde su Estado de residencia. Sin embargo, la actual movilidad nos lleva a modelos triangulares en los cuales el trabajador residente en el País A, trabaja para un empleador residente en el País B pero lo hace intermitentemente desde el País C.

59. Recordemos el ejemplo anterior y veamos cómo se analiza en aplicación de la propuesta del CESE; una propuesta que a nuestro modo de ver, tratándose de teletrabajo, debería ser igualmente aplicable tanto a trabajadores fronterizos como transfronterizos. Un residente irlandés que trabaja en remoto para una empresa danesa, permaneciendo el 30% de los días en Irlanda y el restante 70% en España. Si bien según el art. 15 MCOCDE el Estado fuente que podría gravar el 70% de los ingresos salariales sería España, si se aplica la recomendación del CESE, al no permanecer el trabajador más de 96 días en su país de residencia (Irlanda), tributaría en Dinamarca la totalidad del rendimiento del trabajo.

60. Obsérvese la abismal diferencia que existe entre la aplicación del criterio actualmente vigente en los Convenios y la propuesta del CESE. Según el art. 15 del MCOCDE el trabajador debería presentar dos declaraciones, una en España como no residente sobre el 70% de su renta laboral y otra por la totalidad de sus rentas en Irlanda como residente fiscal, jurisdicción que le proporcionaría la posibilidad de aplicar la deducción por doble imposición. En cambio, si se aplicase la propuesta del CESE, el trabajador únicamente debería presentar una única declaración en el país del empleador, en nuestro caso, Dinamarca.

61. Si se simplifica el ejemplo y la empresa empleadora fuera residente en territorio español (y no danesa), teletrabajando el empleado en un 70% desde España y en un 30% desde su estado de residencia, Irlanda, también la resolución sería distinta. Así, según el actual art. 15 CDI entre España-Irlanda, España podría capturar el 70% de la renta generada en su territorio como no residente, e igualmente el trabajador debería presentar su declaración en Irlanda por la totalidad de la renta y aplicar la deducción para evitar la doble imposición. En cambio, si se aplicara la propuesta del CESE, la Administración Tributaria española podría capturar el 100% de los ingresos y el trabajador únicamente debería presentar una única declaración.

62. En resumen, la propuesta del CESE no asume la coincidencia entre el lugar de trabajo y la

residencia del empleador, sino que se centra en el vínculo con el empleador como solución de simplificación para la fiscalidad, aunque esto requiere un mecanismo compensatorio de recaudación para el Estado donde reside físicamente el trabajador. A su vez, también acompaña esta medida de una sugerencia a los Estados miembros instándoles a que cualquier medida que tomen procure evitar la discriminación fiscal entre trabajadores presenciales y teletrabajadores, así como revisar los convenios de doble imposición para adaptarlos a la nueva realidad digital. De hecho, el objetivo final es el establecimiento de un marco legal armonizado en la UE que facilite la movilidad laboral sin penalizaciones fiscales.

5. Propuesta de Acuerdo Marco Europeo de la Seguridad Social. ¿Podría ser aplicable a la Fiscalidad?

63. Si en términos de fiscalidad la nueva realidad del teletrabajo genera debate y está siendo compleja de regular a nivel comunitario, de igual forma la aplicación de las normas de Seguridad Social también necesitaban una revisión adaptada al nuevo contexto. La pregunta es sencilla, tal y como la formula EXTREMERA MÉNDEZ, cabe cuestionarse si “a este tipo de trabajadores se les debería aplicar la ley de Seguridad Social del Estado en el que desarrollan su actividad de forma remota o, por el contrario, deberían quedar asegurados en el Estado donde han sido contratados”.

64. A pesar de compartir la misma inquietud, a diferencia de la regulación fiscal, a nivel de Seguridad Social se ha dado un paso realmente importante con la aprobación del Acuerdo Marco relativo a la aplicación del apartado 1 del artículo 16 del Reglamento (CE) n.º 883/2004 en los casos de teletrabajo transfronterizo habitual. En puridad, dicho Acuerdo se basa en el apartado 1 del art. 16 del Reglamento (CE) n.º 883/2004, que permite a las autoridades competentes o instituciones designadas por los Estados signatarios establecer de común acuerdo excepciones a las normas de conflicto. Podría decirse que esta disposición se configura como una “cláusula de escape”. Recuerde el lector que a diferencia de lo que ocurre en la normativa fiscal, el Acuerdo Marco sí ha definido qué debe entenderse por teletrabajador transfronterizo.

65. Tal y como sucede en el ámbito de la fiscalidad, la normativa laboral ya contaba con una regulación acerca de trabajadores que ejercen la actividad laboral en dos o más Estados miembros. En concreto, el art. 13 del Reglamento 883/2004 establece que la legislación aplicable cambia al Estado de la empresa si el trabajador realiza allí una “parte sustancial de su actividad”. Tradicionalmente, esto se definía como el 25% del tiempo de trabajo total, el cual ha sido ampliado hasta el 50% por el Acuerdo Marco. Pero el contenido más relevante del citado Acuerdo Marco permite al trabajador, previa solicitud del empresario o del trabajador al Estado del empleador, estar sujetos a la legislación de Seguridad Social del Estado en el que el empresario tenga su sede o su domicilio siempre y cuando el teletrabajo transfronterizo realizado en el Estado de residencia sea inferior al 50% del tiempo de trabajo total. Por tanto, al elevar el umbral del 25% (norma anterior de “parte sustancial”) al 50%, el Acuerdo Marco permite a los trabajadores transfronterizos teletrabajar desde casa entre el 25% y el 50% de su tiempo sin que cambie su régimen de Seguridad Social aplicable, lo que antes habría provocado el cambio de legislación al Estado de residencia.

66. El propósito principal del Acuerdo Marco es mitigar el efecto del teletrabajo transfronterizo en la legislación aplicable en materia de Seguridad Social a corto plazo., y a su vez, ofrecer un alto grado de estabilidad y seguridad jurídica. Sin embargo, presenta algunas exclusiones que pueden ser percibidas como carencias, en la medida en que el Acuerdo no se aplica a las personas que trabajen habitualmente en un tercer Estado distinto del de la residencia del empleador ni contempla el teletrabajo puro al 100%.

67. ¿Qué tienen en común el Acuerdo Marco de la Seguridad Social y los dictámenes del CESE? Ambos textos discurren en la misma dirección: facilitar la fiscalidad al empleado y evitarle, en la medida de lo posible, la aplicación de normas de distintas jurisdicciones. La solución común de ambos instrumentos es elevar el umbral de días de trabajo en remoto en el país de residencia del empleado para evitar

consecuencias fiscales. Ciertamente el umbral no es el mismo pero se acerca; así mientras el Acuerdo Marco fija un mínimo del 50% del tiempo, el CESE propone 96 días al año, que sobre un total de 240 días laborales, supone un 40% del tiempo laboral. Por tanto, si un empleado trabaja un 40% en remoto desde su domicilio en el Estado A para una empresa residente en el Estado B, según el Acuerdo y la propuesta del CESE (que nosotros consideramos aplicable tanto a los transfronterizos como a los trabajadores fronterizos), se le aplicaría la normativa de Seguridad Social del Estado B y debería tributar toda su renta del trabajo también en este mismo Estado. Como puede observarse, ambas propuestas son simétricas, con el mismo espíritu; el de ampliar el límite de días que un teletrabajador puede pasar en su país de residencia sin que se altere su situación fiscal ni tenga que cambiar la legislación de Seguridad Social aplicable.

68. Conviene ahora resaltar una cuestión que es relevante: el pasado 19 de noviembre de 2025 la OCDE publicó la actualización de 2025 de su Modelo de Convenio. Esta actualización fue aprobada por el Consejo de la OCDE el 18 de noviembre de 2025 y será incorporada a la nueva edición del MCOCDE que se publicará en 2026. No es casualidad que sean los comentarios al art. 5 MCOCDE relativo al concepto de EP, uno de los artículos que ha sufrido más modificaciones. Entre otros aspectos, señala la necesidad de efectuar el test del 50% del tiempo total de trabajo en el ejercicio fiscal para determinar si el teletrabajo desde el domicilio (“*home office*”) pueda ser considerado como un EP. Nos parece remarkable que sea precisamente un porcentaje del 50% el que se fija como umbral.

69. En conclusión, el Acuerdo Marco de Seguridad Social actúa como un precedente funcional y multilateral para la fiscalidad: aunque los mecanismos legales sean distintos (Reglamento 883/2004 vs. MCOCDE), el principio de estabilidad mediante un umbral más alto que preserve la legislación del Estado del empleador (evitando el cambio de jurisdicción si el teletrabajo se mantiene por debajo de un porcentaje significativo) es el mismo y subraya la necesidad de que los Estados resuelvan la misma tensión en el ámbito tributario. Ciertamente es que el Acuerdo Marco no prevé ningún mecanismo de compensación ni ventanilla única, como sí lo hace la propuesta del CESE, pero nos parece un buen comienzo contar con una normativa real que pueda inspirar a los Estados a reconocer la necesidad de una adaptación de la fiscalidad a la nueva realidad del teletrabajo transfronterizo. Para ello se requeriría la reforma o modificación de los CDIs o la adopción de un instrumento multilateral fiscal, una vía que el CESE sugiere y sobre la que estamos de acuerdo. La aprobación de una Directiva comunitaria posiblemente sería la mejor respuesta al actual contexto de movilidad global.

IV. Conclusiones y reflexiones finales

70. La consolidación del teletrabajo, acelerada por la pandemia de la COVID-19, ha transformado de manera estructural el mercado laboral, generando importantes retos en materia de Seguridad Social y fiscalidad, especialmente en su modalidad transfronteriza. Este fenómeno cuestiona los principios tradicionales sobre los que se construyeron los sistemas de imposición, basados en la coincidencia entre el lugar de trabajo y la sede del empleador, así como en la escasa movilidad del trabajador.

71. En este contexto, surge la necesidad de diferenciar al trabajador fronterizo del transfronterizo. El primero reside en una zona limítrofe y cruza la frontera diariamente para trabajar en otro Estado, mientras que el segundo engloba a cualquier trabajador cuyo centro de trabajo se ubica en un Estado miembro distinto al de residencia, sin requerir proximidad física. La aparición del teletrabajo difumina estas categorías, pues permite desempeñar funciones desde cualquier lugar mediante tecnologías digitales, lo que lleva a algunos expertos a proponer el término “transnacional” más acorde con la realidad actual.

72. Desde el punto de vista fiscal, la normativa vigente se apoya en el artículo 15 del MCOCDE, que atribuye la potestad tributaria al Estado donde el trabajador está físicamente presente. Este criterio, conocido como *lex loci laboris*, se muestra insuficiente ante el teletrabajo, que rompe la vinculación entre lugar de trabajo y presencia física. Así, si un trabajador no residente teletrabaja íntegramente en re-

moto desde su país para una empresa extranjera, el Estado donde se ubica la empresa no puede gravar el salario. La situación se complica si ese mismo trabajador teletrabaja intermitentemente desde un tercer Estado, que no es el de residencia, lo que evidencia la necesidad de reformar la normativa internacional.

73. Este escenario plantea interrogantes sobre qué Estado debe gravar la renta: ¿el que financia servicios públicos al trabajador al ser el Estado desde el que trabaja (sea el de residencia o inclusive un tercer Estado) o el Estado del empleador que soporta el coste salarial? La normativa actual no deja margen de interpretación: el derecho de gravamen corresponde al Estado donde el trabajador permanece físicamente. Además, el teletrabajo transfronterizo puede generar un EP involuntario para la empresa en el Estado de residencia del empleado, obligando a tributar en varias jurisdicciones y a cumplir obligaciones adicionales.

74. En el ámbito laboral, el Acuerdo Marco europeo ha introducido medidas para mitigar el impacto del teletrabajo en la legislación aplicable, permitiendo que el trabajador siga sujeto a la normativa del Estado del empleador si el teletrabajo en el Estado de residencia no supera el 50% del tiempo total. Sin embargo, esta solución excluye los supuestos de teletrabajo habitual en terceros Estados y el teletrabajo 100% remoto. A pesar de sus limitaciones, el Acuerdo aporta estabilidad y seguridad jurídica a los teletrabajadores incluidos en su ámbito.

75. En materia fiscal, no se han producido avances equivalentes, aunque el Comité Económico y Social Europeo (CESE) ha emitido dos dictámenes que proponen simplificar la tributación para evitar la doble imposición y reducir cargas administrativas. La propuesta del CESE consiste en atribuir la tributación exclusivamente al país del empleador, básicamente por razones prácticas: el coste salarial se deduce en el Impuesto sobre Sociedades en dicho país. Para evitar abusos, se establece un umbral de 96 días/año trabajados en el país de residencia del trabajador (aproximadamente un 40% del tiempo laboral), similar al límite del 50% del Acuerdo Marco. Si el teletrabajo se sitúa por debajo de este umbral, la tributación se mantendría íntegramente en el Estado del empleador. Esta fórmula ahorra duplicidades al trabajador pero dejaría sin potestad tributaria alguna al Estado de residencia. Por ello, el CESE también plantea mecanismos de reparto entre Estados mediante un sistema de ventanilla única gestionada por el empleador, que informe los días trabajados en cada país, permitiendo a las autoridades fiscales distribuir la recaudación. Otra alternativa sería vincular la compensación a índices macroeconómicos. Esta propuesta simplificaría la fiscalidad para el trabajador, que presentaría una sola declaración en el país del empleador, frente al sistema actual que exige declaraciones en varios Estados y mantiene el criterio de presencia física.

76. A su vez, la reciente publicación del test del 50% de teletrabajo en el domicilio para considerar la concurrencia de un EP nos parece que se enmarca en la misma línea de fijación de umbrales.

77. La adopción de estas medidas no es sencilla. Para armonizar la fiscalidad del teletrabajo transfronterizo, los Estados miembros deberían considerar la reforma del artículo 15 del MCOCDE, eliminando la exigencia de presencia física y permitiendo el ejercicio de la potestad tributaria en función de criterios más adaptados a la realidad digital. Procurando una mayor ambición de cambio, se propone avanzar hacia una directiva europea que regule la fiscalidad del teletrabajo transfronterizo, estableciendo criterios claros sobre presencia física mínima y la tributación proporcional y a su vez que incorpore mecanismos como la ventanilla única y la compensación entre Estados, en línea con los principios de estabilidad y los umbrales adoptados en el Acuerdo Marco de Seguridad Social.

78. En conclusión, el teletrabajo transfronterizo plantea desafíos significativos para los sistemas fiscales y laborales, que deben evolucionar para garantizar seguridad jurídica, evitar la doble imposición y preservar la capacidad recaudatoria de los Estados. La movilidad digital exige adaptar los convenios internacionales y las normas internas a una realidad en la que el lugar de trabajo ya no es fijo. La UE tiene la oportunidad de liderar este cambio mediante una regulación común que combine seguridad jurídica, competitividad y equidad tributaria, evitando conflictos y asegurando la correcta tributación en un mundo cada vez más interconectado.

¿Pueden las marcas frenar la cláusula de reparación? Marcas, diseños y derecho a la reparación con ocasión de la sentencia del TJUE en el asunto C-334/22, AUDI contra GQ

Can trademarks make the repair clause brake suddenly? Trademarks, designs and right to repair in light of the Judgment of the CJEU AUDI v. GQ, C-334/22

JOSÉ ANTONIO GIL CELEDONIO
Administrador Civil del Estado
Ministerio de Industria y Turismo
ORCID ID: 0000-0003-4564-6481

Recibido: 15.12.2025 / Aceptado: 21.01.2026

DOI: 10.20318/cd1026.10290

Resumen: Es común incluir el derecho a la reparación como uno de los elementos que conforman el paradigma de la economía circular. En los últimos años, puede observarse un impulso de este paradigma, que afecta a muchas políticas públicas y, con ellas, a su legislación específica en la UE. Los derechos de propiedad intelectual e industrial no son una excepción, aunque su relación con la reparación es histórica y presenta contornos complejos. La reciente reforma de la normativa europea sobre diseños, adoptada en 2024, ha supuesto, tras muchos esfuerzos, la consagración de la conocida como “cláusula de reparación”, pero este éxito legislativo puede verse frenado por una aplicación extensiva y anticompetitiva del derecho de marcas, algo que puede rastrearse en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) y que se ha puesto de manifiesto especialmente en su reciente Sentencia recaída en el asunto AUDI contra GQ. Se ofrecerá una revisión crítica de dicha Sentencia, también basada en la jurisprudencia del TJUE, y se sugerirá una respuesta en clave regulatoria sobre pasos a dar para evitar el bloqueo de la cláusula de reparación.

Palabras clave: diseño, marcas, reparación, derecho a la reparación, sobreprotección, piezas de recambio, funciones de la marca.

Abstract: It is common to include the right to repair as one of the elements comprised under the paradigm of the Circular Economy. In recent years, this paradigm has received a boost that affects many policies and, consequently, their specific EU governing legislations. Intellectual Property Rights are not an exception to that trend, although their relations with repair activities is historic and with complex contours. The recent reform of the EU design acquis, adopted in 2024, entailed the recognition of the so-called “repair clause”, not without efforts. However, this legislative achievement could be braked suddenly on the basis of an extensive and anti-competitive implementation of Trademark Law, a phenomenon which can be traced back in the CJEU case-law, but has especially gained traction after the recent delivery of its ruling in the case AUDI v. GQ. A critical review of such ruling, also based on the

* Los comentarios y opiniones jurídicas del autor no pueden atribuirse en ningún caso a las posiciones de la administración pública en la que presta servicios como funcionario de carrera, ni siquiera en el caso hipotético de que pudiesen ser coincidentes.

CJEU jurisprudence, will be offered, and, finally, it will be suggested that a regulatory response is necessary to avoid circumventing the repair clause.

Keywords: design, Trademarks, Right to Repair, repairing activities, overprotection, spare parts, trademark functions.

Sumario: I. Circularidad y derecho a la reparación en el derecho europeo de la propiedad intelectual e industrial: una relación multifacética y problemática. II. El sistema europeo de protección del diseño y la reparación del producto complejo. III. Marcas, otros derechos de propiedad intelectual, sobreprotección y derecho a la reparación a la luz de la Sentencia del asunto C-334/22, AUDI AG contra GQ. 1. Una aproximación conceptual; 2. Los hechos del caso y la respuesta del TJUE. 3. Un comentario crítico. IV. Conclusiones.

I. Circularidad y derecho a la reparación en el derecho europeo de la propiedad intelectual e industrial: una relación multifacética y problemática

1. Son muchas las áreas regulatorias y de políticas públicas que se están viendo afectadas por la gestión de los retos medioambientales que todos los Estados, en menor o mayor medida, afrontan en la actualidad y afrontarán en el futuro inmediato. En la Unión Europea, el desarrollo sostenible del modelo económico y el mantenimiento de un nivel elevado de protección y mejora del medio ambiente son principios consagrados en el derecho originario¹, e, igualmente, la propia Carta de Derechos Fundamentales de la Unión reconoce expresamente en su artículo 37 la protección del medio ambiente, obligando a las Instituciones y a los EEMM a modular las políticas de la Unión en ese sentido. En cumplimiento de estos relevantes principios, la Unión está promoviendo la conocida como doble transición verde y digital, que comprende un amplio conjunto de áreas de actuación, siguiendo lo apuntado en los últimos años en documentos estratégicos que van desde el Pacto Verde Europeo² a la muy recientemente publicada Estrategia de Bioeconomía³, pasando por el Plan de acción para la economía circular de la UE⁴ o el Pacto para una Industria Limpia⁵, con el fin de transitar hacia un modelo en el que la actividad productiva reduzca su huella de carbono sobre el medio ambiente, con un mejor aprovechamiento de todos los recursos y materias primas. Para ello, diferentes sectores como el energético, el agrícola, el de los transportes, el industrial o el comercial se están transformando tanto para mantener la competitividad de la economía europea de cara al futuro como para proteger a los ciudadanos.

2. Uno de los elementos clave para el éxito de esta ambiciosa estrategia europea es, sin duda, la promoción del aumento de vida media de los productos, de modo que las pautas de consumo puedan variar y se reduzca la huella que, inevitablemente, el consumo de masas lleva aparejado. Este elemento se encuentra indisolublemente ligado a la visión que propone la economía circular, que puede definirse sintéticamente como un sistema económico que reemplaza el concepto de “*final de vida útil*” del producto gracias al hincapié que se pone en la reducción, la reutilización alternativa, el reciclaje y la recuperación de materiales a lo largo de la cadena de producción, distribución y consumo de bienes⁶, impulsando un cambio en el comportamiento tanto en el lado de la oferta (los productores de bienes) como en el de la demanda (los consumidores). Bajo este paradigma, se pretende impulsar el paso de un modelo lineal de consumo (basado en la sucesión consecutiva de las fases de extracción de materias primas, fabricación, utilización

¹ Artículo 3.3 de Tratado de la Unión Europea.

² COMISIÓN EUROPEA, “El Pacto Verde Europeo”, documento COM (2019) 640 final.

³ COMISIÓN EUROPEA, “A strategic framework for a Competitive and Sustainable UE Bioeconomy”, document COM (2025) 960 final.

⁴ COMISIÓN EUROPEA, “Nuevo plan de acción para la economía circular por una Europa más limpia y más competitiva”, documento COM (2020) 98 final.

⁵ COMISIÓN EUROPEA, “Pacto por una Industria Limpia: una hoja de ruta conjunta para la competitividad y la descarbonización”, documento COM (2025) 85 final.

⁶ J. KIRCHHERR / D. REIKE / M. HEKKERT, “Conceptualizing the circular economy: An analysis of 114 definitions”, *Resources, Conservation and Recycling*, Vol. 127, 2017, p. 229.

y descarte final⁷) a uno en el cual los productos resultantes de la utilización encuentren una nueva vida, ya sea mediante la reutilización de materiales y productos ya existentes para otros fines (más allá de su uso principal o con posterioridad a este) o por el reciclaje de los desechos que se generan tras el consumo.

3. El asunto tiene relevancia cualitativa y cuantitativa, ya que, según diferentes estudios, del total de productos que utiliza un consumidor medio europeo a lo largo de un año, casi el 40% termina en la basura, y una parte relevante de este total lo constituyen los desechos de productos eléctricos o electrónicos, en su conjunto o por piezas⁸. Igualmente, la adopción del paradigma de la circularidad conlleva beneficios económicos a pequeña escala (ahorra costes, promueve la innovación e incrementa la resiliencia empresarial), pero sus efectos macroeconómicos aun no parecen haberse producido de manera uniforme: para que ello suceda, se argumenta que es necesario adoptar medidas sistémicas como el impulso a los estándares de durabilidad de los productos, los incentivos a la reutilización o el establecimiento de requisitos de eficiencia de las materias primas necesarias para la fabricación, de modo que se transite de un modelo de gestión de residuos a un verdadero sistema de creación de valor e innovación⁹. Muestras del respaldo normativo a este paradigma serían los recientemente adoptados Reglamentos (UE) 2024/1781 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se insta un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos sostenibles, se modifican la Directiva (UE) 2020/1828 y el Reglamento (UE) 2023/1542 y se deroga la Directiva 2009/125/CE (en adelante, Reglamento de Ecodiseño) y el Reglamento (UE) 2025/40 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 2024, sobre los envases y residuos de envases, por el que se modifican el Reglamento (UE) 2019/1020 y la Directiva (UE) 2019/904 y se deroga la Directiva 94/62/CE (en adelante, Reglamento sobre envases). El primero es una prolija norma de carácter horizontal que prevé la introducción de ambiciosos requisitos obligatorios de rendimiento para los productos ya desde su concepción y diseño, tales como la durabilidad, su carácter reutilizable, sus posibilidades de reparación o de reacondicionamiento, entre otros¹⁰, mientras que el segundo incorpora una serie de obligaciones para la totalidad del ciclo de vida de los envases, en particular mediante la reducción de envases innecesarios, la reutilización o el rellenado de los mismos o la obligatoriedad de que todos los envases introducidos en el mercado europeo deban ser reciclables. En el momento en que se escribe este artículo, la Comisión Europea está preparando la propuesta de Reglamento de Economía Circular (*Circular Economy Act*), cuya publicación se espera para el tercer trimestre de 2026, en los términos del Plan de Trabajo de dicha Institución¹¹.

4. Una de las aproximaciones más interesantes que se incluye en este paradigma es la que propone el conocido como “derecho a la reparación” o “derecho a reparar”¹², un amplio enfoque que pretende eliminar las barreras a la reparación de productos que puedan imponerse por parte de los fabricantes, posibilitando que los consumidores decidan cuándo y cómo reparar sus productos y, de este modo, que se reduzca el impacto ambiental del consumo¹³. La justificación subyacente de este enfoque comprende preocupaciones medioambientales, como se ha apuntado, pero también la promoción de la autonomía de los consumidores y, en general, el estímulo a la competencia¹⁴.

⁷ G. IZQUIERDO GRAU, “Producer liability for substantial modification of products through Repair, Refurbishment and Re-manufacturing”, *European Review of Private Law*, Vol. 32, n° 1, 2024, p. 10.

⁸ E. TERRY, “A right to repair? Towards sustainable remedies in Consumer Law”, *European Review of Private Law*, Vol. 4, 2019, p. 852.

⁹ J. KIRCHHERR / M.P. JONES / OTROS, “A defense of the circular economy”, *Journal of Industrial Ecology*, prepublicación, 2025, p. 14, disponible en <https://doi.org/10.1111/jiec.70128> (consultado el 2 de diciembre de 2025).

¹⁰ A. RUIZ RODRÍGUEZ, “Novedades en el marco europeo de diseño ecológico para productos sostenibles”, en M.I. CANDALARIO MACÍAS (DIR.), *Los nuevos horizontes y metas de la Propiedad Industrial*, Las Rozas, Ed. Aranzadi, 2024, p. 225.

¹¹ COMISIÓN EUROPEA, “Commission Work Programme 2026. Europe’s independence moment”, documento COM(2025) 870 final.

¹² S. OZTURKAN, “The right-to-repair movement. Sustainability and consumer rights”, *Journal of Information Technology Teaching Classes*, Vol. 14, núm. 2, 2024, pp. 217-219.

¹³ F. LÓPEZ BERMÚDEZ / X. VENCE DEZA, “The European Directive on Common Rules Promoting the repair of goods. A critical assessment of its drafting process”, *Revista Galega de Economía*, 2024, Vol. 33, núm. 2, p. 2.

¹⁴ L. CHAN GRINVALD / O. TUR-SINAI, “Intellectual Property Law and the right to repair”, *Fordham Law Review*, Vol. 88, núm. 1, 2019, p. 68.

5. Conceptualmente, la reparación de los productos es un proceso que puede definirse como la restauración de un bien defectuoso de modo que pueda volver a cumplir con la función para la cual había sido concebido¹⁵. En términos jurídicos, desde el punto de vista del derecho de los consumidores, se puede calificar como reparación aquel proceso realizado para devolver un bien de consumo a un estado pactado por las partes en el contrato de (su) venta, en caso de falta de conformidad¹⁶.

6. Puede señalarse que la reparación se considera una estrategia más eficiente y sostenible incluso que el reciclaje, en tanto implica una reducción de gasto energético, de materiales y de agua y, en general, reduce precios de transporte¹⁷, pero debe diferenciarse conceptualmente, a los efectos de este artículo, de otras muy relevantes técnicas que también se insertan en este paradigma, en tanto contribuyen también a la extensión del ciclo de vida de los productos: hablamos de la restauración (preparar o modificar un objeto de modo que se restaure su funcionamiento o su funcionalidad dentro de su finalidad concebida, sin que necesariamente deba cumplir al 100% con ella) y del “*remanufacturing*” (término de difícil traducción al castellano como refabricación, cercano al reciclaje, que implica un proceso industrial en el que un nuevo producto se produce a partir de objetos o componentes de objetos previamente descartados y en el que se ha introducido al menos un cambio que afecta a su seguridad, su rendimiento o su propósito, de modo que se separa del producto inicialmente puesto a la venta)¹⁸. En todo caso, todas estas técnicas apoyan un modelo de consumo de carácter regenerativo, frente al modelo lineal de descarte de desechos ya mencionado¹⁹. Desde un punto de vista más amplio, se apunta decididamente que la circularidad, en términos generales, y la apuesta por la ampliación de la vida útil de los productos mediante la reparación y las otras potenciales técnicas, en particular, revisten también un interés geopolítico para la Unión Europea y sus EEMM, en tanto reduce la dependencia que se mantiene con terceros países o bloques geopolíticos en relación con materias primas críticas y recursos clave que son esenciales para la actual estructura económica de la Unión²⁰.

7. Este derecho a la reparación parece ser consistente con la preferencia de los ciudadanos, que, de forma mayoritaria, muestran preocupación por el impacto medioambiental de sus decisiones en tanto consumidores, pero encuentran dificultades prácticas que impiden que dichas preocupaciones se conviertan en acciones concretas²¹. Generalmente, los estudios empíricos muestran que los consumidores apoyan la respuesta regulatoria que propone el derecho a la reparación y, en términos más personales, que la reparación de productos incrementa la sensación de bienestar y la realización personal por poder conservar un producto al que se sienten vinculados después de un más o menos amplio tiempo de uso²². Entre las barreras que se pueden encontrar, destacan los problemas para disponer de las piezas de reparación o para acceder a los servicios de reparación, factores económicos, factores relacionados con el tiempo necesario para la reparación de un producto *vis-a-vis* la compra de un idéntico producto nuevo, aspectos técnicos fundamentalmente derivados de la dificultad de la reparación del producto específi-

¹⁵ L. OZANNE / W.H. THEJANI MADUHANSI, “Consumer repair decision-making. A systematic literature review and future research agenda”, *International Journal of Consumer Studies*, Vol. 49, 2025, p. 1.

¹⁶ Así lo determinaba el artículo 1.2 f) de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, hoy derogada por la Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE, y se deroga la Directiva 1999/44/CE. No obstante, el prisma analítico que esta definición propone sigue resultando de interés.

¹⁷ E. TERRY, “A right to repair? ...”, p. 853.

¹⁸ Ambos procesos aparecen reconocidos normativamente en el ya citado Reglamento (UE) 2024/1781 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se insta un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos sostenibles, se modifican la Directiva (UE) 2020/1828 y el Reglamento (UE) 2023/1542 y se deroga la Directiva 2009/125/CE.

¹⁹ D. MARIKYAN / S. PAPAGIANNIDIS, “Exercising the right to repair: a customer’s perspective”, *Journal of Business Ethics*, Vol. 193, 2024, p. 35.

²⁰ F. LÓPEZ BERMÚDEZ / X. VENCE DEZA “The European Directive on Common...”, p. 1.

²¹ K. PARAJULY / J. GREEN / OTROS, “Product repair in a circular economy. Exploring public repair behaviour from a systems perspective”, *Journal of Industrial Ecology*, vol. 28, nº 1, 2023, p. 2.

²² D. MARIKYAN / S. PAPAGIANNIDIS, “Exercising the right to repair...”, p. 37.

co e incluso factores emocionales²³. La literatura especializada concluye que la decisión de reparar un producto depende tanto de elementos subjetivos de los consumidores (sus conocimientos, habilidades e intenciones, *inter alia*) como de factores ambientales, es decir, un entorno regulatorio y económico propicio que apoye la reparación²⁴. Es por ello que la Comisión Europea propuso abordar el problema desde el punto de vista del derecho del consumo, mediante una revisión de la normativa que garantizase derechos sustantivos de carácter horizontal para los consumidores, como la disponibilidad de piezas de recambio, el acceso a los servicios de reparación y de actualización de dispositivos electrónicos, cuyo resultado más tangible ha sido la Directiva (UE) 2024/1799 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por la que se establecen normas comunes para promover la reparación de bienes y se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y las Directivas (UE) 2019/771 y (UE) 2020/1828, (en adelante, Directiva sobre derecho a reparar).

8. En los términos del Considerando 3 de esta Directiva, se hace necesario reforzar el marco jurídico para que los consumidores puedan ver sus productos reparados de manera asequible y con libertad de elección del proveedor de servicios de reparación, con el fin de reducir la eliminación prematura de los bienes aún útiles, promoviendo su uso durante más tiempo. Por tanto, conceptualmente, el derecho a la reparación comprende en puridad un conjunto de derechos subjetivos de carácter diverso que, en tanto tales, son oponibles frente a los fabricantes, a los prestadores de servicios y a los vendedores de los productos con diferente intensidad, aunque el alcance objetivo de la Directiva sobre derecho a reparar se circunscribe, por el momento, a una serie de bienes duraderos, reconocidos en su anexo II, tales como electrodomésticos de diverso tipo, pantallas electrónicas, equipos de soldadura, teléfonos móviles y tabletas pizarra o bienes que incorporen baterías para medios de transporte ligeros. El contenido normativo clave de la propuesta se encuentra en su artículo 5, que, bajo el inequívoco título “*obligación de reparación*”, impone a los EEMM (como toda Directiva) que velen porque el fabricante repare los bienes, salvo que la reparación del bien sea “*imposible*”. Igualmente, los fabricantes están obligados a ofrecer piezas de recambio y herramientas a un precio razonable que no disuada de la reparación, y no podrán recurrir a cláusulas contractuales ni a técnicas relacionadas con los equipos o los programas informáticos que impidan la reparación de bienes. En particular, no puede impedirse que los reparadores independientes utilicen piezas de recambio originales o de segunda mano, piezas de recambio compatibles y piezas de recambio realizadas mediante impresión 3D, siempre que dichas piezas sean conformes a los requisitos del Derecho de la Unión o nacional. Asimismo, el hecho de que el producto correspondiente haya sido reparado previamente por cualquier otra persona no puede alegarse por el fabricante original para negarse a una ulterior reparación. A pesar de la aparente claridad de estas obligaciones, el hecho de que no se hayan previsto en la normativa los plazos durante los cuales los fabricantes están vinculados al cumplimiento de dichas obligaciones arroja dudas, en el mejor de los casos, sobre la armonización de este aspecto (el silencio de la Directiva al respecto puede dar lugar a diferentes plazos según la transposición nacional, lo que va en contra del buen funcionamiento del mercado interior de los servicios de reparación) y, en el peor, sobre la efectividad del contenido obligacional en sí²⁵.

9. Pero, más allá de sus contornos jurídicos, el auténtico despliegue del derecho a la reparación debe enfrentarse, para su puesta en práctica, a diferentes circunstancias que se dan simultáneamente. Su aspecto central es, sin duda, el derecho de los consumidores individuales a reparar sus propios productos (por sí mismos o mediante el acceso a servicios de reparación en régimen de libre competencia), pero hay otros elementos vinculados a este fin principal, como pueden ser el acceso a otras actividades accesorias a la reparación (acceso a la información sobre los métodos de reparación, incluyendo manuales de instrucciones y métodos, y a los instrumentos para la reparación, desde herramientas a software), la

²³ N. TERZIOGLU, “Repair motivation and barriers model: investigating user perspectives related to product repair towards a circular economy”, *Journal of Cleaner Production*, vol. 289, 2021, pp. 6-8.

²⁴ L. OZANNE / W.H. THEJANI MADUHANSI, “Consumer repair decision-making...”, p. 2.

²⁵ L. BRANCUSI, “Not-so-great expectations of EU Directive 2024/1799 promoting repair and its nexus with IP protection”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 20, núm. 10, 2025, p. 648.

disponibilidad de piezas de recambio (para lo cual ha de facilitarse su fabricación, su importación y su venta en el mercado) o la imposición de determinados deberes a los fabricantes originales de los productos para que diseñen sus productos de tal modo que su reparación y mantenimiento sea posible, luchando contra su obsolescencia (especialmente en el caso de los productos complejos o con elementos electrónicos incorporados)²⁶, mediante estrategias de diseño industrial que pongan énfasis en la ingeniería con la que el producto se concibe y las posibilidades técnicas del mismo para facilitar su mantenimiento y reparación²⁷. Se pretende, por tanto, que la dimensión de la reparación se inserte en el conjunto del ciclo de vida del producto.

10. En términos generales, puede afirmarse que los distintos derechos de propiedad industrial e intelectual pueden actuar como catalizadores de la transición ecológica y el paradigma de la circularidad en la economía: las marcas, en tanto vehículo de transmisión de información al consumidor, y, en particular, las marcas de garantía o certificación, pueden orientar a los consumidores para que elijan productos comercializados por empresas ecológicamente responsables o realizados siguiendo pautas de fabricación sostenibles²⁸. Las patentes (y los modelos de utilidad) fomentan la innovación y protegen invenciones que pueden apoyar la transición ecológica en numerosos sectores de la técnica, desde la biotecnología²⁹ a la producción de energía renovable. Las variedades vegetales permiten la generación de plantas y semillas que pueden adaptarse a los retos climáticos, reducir el consumo de agua o luchar contra la desertificación. El diseño sostenible puede impulsar una visión según la cual se puedan proteger un modelo de concepción y de producción de bienes que incorpore implicaciones sociales, ecológicas y económicas³⁰, lo que puede resultar igualmente atractivo a los potenciales compradores. Las indicaciones geográficas y las denominaciones de origen protegen saberes tradicionales y elementos de calidad vinculados al territorio³¹, permitiendo, precisamente, que la población se fije en zonas rurales menos urbanizadas y, con ello, se reduzca la intensidad en el consumo de recursos y se lleve a cabo una gestión de los recursos forestales sostenible y necesaria, para que estos biomas cumplan su función ecológica, por ejemplo.

11. Pero no es menos cierto que puede decirse también exactamente lo contrario: ese mismo sistema de patentes ha favorecido el desarrollo de tecnologías que han sido intensivamente utilizadas por diferentes sectores industriales, con efectos muy contaminantes. A través de la acción combinada del derecho de marcas y las técnicas adecuadas de publicidad y marketing también se puede favorecer la reputación de productos que no son sostenibles en absoluto, e incluso puede producirse el conocido efecto del “*greenwashing*”, que conlleva precisamente la transmisión sesgada de información a los consumidores. La competencia basada en los aspectos estéticos o formales o en los materiales específicos de los productos, protegida a través del diseño registrado, puede presionar intensamente sobre el medio ambiente precisamente por la utilización de determinados recursos y materias primas, sin consideración a su huella de carbono. Por tanto, parece claro que los derechos de propiedad intelectual e industrial son neutros respecto de la consecución de los objetos medioambientales, aunque no puede negarse que pueden contribuir a afrontar los retos que se han señalado al respecto. Por tanto, pueden servir tanto para promover como para obstaculizar el tránsito hacia un modelo económico más circular³². Tanto desde una perspectiva regulatoria como desde el punto de vista de los titulares de los diferentes derechos (teniendo

²⁶ L. CHAN GRINVALD / O. TUR-SINAI, “Intellectual Property Law...”, pp. 97 y ss.

²⁷ L. ACKERMANN / M. TUIMAKA / OTROS, “Design for Product Care- development of design strategies and a toolkit for sustainable consumer behaviour”, *Journal of Sustainability Research*, vol. 3, núm. 2, p. 3.

²⁸ P. MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, *La marca de certificación de la Unión Europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

²⁹ M.P. ÍÑIGUEZ ORTEGA, *La protección jurídica de las innovaciones biotecnológicas en materia vegetal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 41 y ss.

³⁰ B. SALAS PASUY, “La protección jurídica del diseño sostenible en Colombia”, *Cuadernos del Centro de Estudios en Diseño y Comunicación*, vol. 106, 2021, p. 122.

³¹ P. MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, *Denominaciones de origen e indicaciones geográficas protegidas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 35 y ss.

³² C.J.S. VRENDENBARG, “Durable Design: what role for EU Design Law in the green transition?”, *GRUR International*, Vol. 74, núm. 6, 2025, p. 526.

en cuenta sus elementos sustantivos y sus fines), todo dependerá del uso que se haga de ellos, como se demostrará con posterioridad. Al fin y al cabo, el derecho a la propiedad intelectual (e industrial) ha cristalizado igualmente en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en su artículo 17.2), con un contenido esencial intrínsecamente pro-propiedad que abarca tanto al alcance de su protección (normas sustantivas) como reglas de carácter procesal³³. Por ello, una interpretación y aplicación coherente de la normativa que la protege debe ponderarse con el resto de principios y derechos reconocidos en el mismo preeminente nivel normativo, incluyendo los que promueven la protección medioambiental, sin que ninguno resulte esencialmente perjudicado. Dado el carácter multinivel de la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea, estas reglas deben igualmente, ponderarse con lo establecido en el derecho constitucional interno de los EEMM³⁴, en donde pueden encontrarse otros muchos puntos de contacto (y conflicto) entre diferentes tipos de derechos fundamentales, según su formulación y el rango de la norma en donde se reconozcan. Esta estructura jurídica acaba creando una crisálida de diferentes situaciones y gradaciones donde múltiples aspectos se interrelacionan³⁵, si bien es cierto que hay diversas críticas al tratamiento fundamentalmente nominalista que la jurisprudencia del TJUE da a estos equilibrios internos, dado que parecen resolverse siempre a favor de la robustez de los titulares de derechos de propiedad intelectual e industrial³⁶, algo que se mostrará con posterioridad.

12. Habida cuenta de estas coordenadas jurídicas, debe remarcarse que, *prima facie*, las actividades de reparación no son ajenas al marco regulatorio de los derechos de propiedad intelectual e industrial de la Unión Europea. De manera explícita, la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (en adelante, Directiva InfoSoc), reconoce en su artículo 5.3, letra l), que los derechos de comunicación al público y reproducción de la obra pueden limitarse para usos en relación con la demostración o reparación de equipos, facultando a los EEMM para la adopción de esta limitación en las respectivas legislaciones nacionales. Igualmente, la normativa reguladora del diseño industrial ha sido particularmente consciente de las actividades de reparación y, tras una compleja historia legislativa de más de 30 años y varios intentos fallidos, ha abrazado la conocida como “cláusula de reparación”, de aplicación obligatoria para todos los EEMM a más tardar en 2032, tras la adopción tanto de la Directiva 2024/2823, del Parlamento Europeo del Consejo, de 23 de octubre de 2024, sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos, como del Reglamento (EU) 2024/2822, del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se modifica el Reglamento del Consejo No 6/2002, sobre dibujos y modelos comunitarios, y se deroga el Reglamento CE nº 2246/2002, de la Comisión, actualmente en fase de codificación³⁷. En ambos casos, la reparación se inserta como un fenómeno que, dogmáticamente, tiene acogida en el sistema a través de una limitación a los derechos de los titulares de determinados diseños. En el ámbito del derecho de patentes (que no está armonizado de manera exhaustiva en la Unión Europea), la teoría y la práctica jurídica reconocen expresamente la posibilidad de reparación del producto patentado, aunque tratan de separarla de la re-elaboración o reconstrucción del producto que contiene la patente, que podría violar directa o indirectamente los derechos del titular³⁸. Y es que, en términos generales, la reparación supone necesariamente

³³ A. STROWEL, “Copyright strengthened by the Court of Justice interpretation of Article 17 (2) of the EU Charter of Fundamental Rights” en O. POLLICINO/ G. RICIO / M. BASSINI (EDS.), *Copyright and Fundamental Rights in the digital age*. Edward Elgar, 2020, pp. 40 y ss.

³⁴ A. RUBÍ PUIG, “Derecho fundamental a la propiedad intelectual en el art. 17.2 CDFUE y remuneración de los artistas”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 39, 2021, pp. 347-348.

³⁵ Para el caso español, en amplitud, puede consultarse E. GALLEGU SÁNCHEZ / J. A. GIL CELEDONIO (DIRS.), *La dimensión constitucional de la propiedad intelectual*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023.

³⁶ M. SENFTLEBEN, “The unproductive “overconstitutionalization” of EU Copyright and Trademark Law- Fundamental Rights Rhetoric and Reality in CJEU Jurisprudence”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 55, pp. 1471-1514.

³⁷ En adelante, DD y RDC.

³⁸ C. HEATH, “A three-step test for determining Patent infringement related to repair”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 55, 2024, p. 763-765; J. PILA / P. TORREMANS, *European Intellectual Property Law*, 2ª ed., Oxford University Press, 2019, pp. 191-192.

reconocer límites a los derechos de propiedad (no solo los intelectuales) de los vendedores de productos al transferir (buena parte de) sus derechos cuando venden productos al público³⁹, de acuerdo con las doctrinas legales del agotamiento del derecho, que han encontrado fortuna (con matices) igualmente en el ámbito del derecho de propiedad intelectual e industrial en la UE. Aun así, bajo el prisma de este marco jurídico, pero también desde el punto de vista de sus efectos sobre el fomento de la competencia en los mercados, incentivar este tipo de actividades de reparación por parte de los productores originales de productos o piezas, pero también por parte de sus competidores, se considera beneficioso para la economía y para la sociedad en su conjunto⁴⁰.

13. Pero el hecho de que el acervo europeo en materia de propiedad intelectual e industrial integre en determinadas circunstancias las actividades de reparación no significa necesariamente que el paradigma del derecho a la reparación, tal como ha sido definido con anterioridad, sea acogido como doctrina interna de este amplio *corpus* jurídico. Por el contrario, son muchos los especialistas que apuntan a que tanto un uso maximalista o excesivo de los derechos de propiedad intelectual e industrial por parte de sus titulares como interpretaciones excesivamente rigoristas de los órganos judiciales pueden constituir barreras para su efectividad y despliegue⁴¹, ya que el conjunto de derechos de exclusión atribuidos al titular correspondiente por alguno de los derechos de la propiedad intelectual e industrial (e incluso por varios, de concurrir acumulación de protecciones) puede chocar con determinadas actividades necesarias para la puesta en práctica del derecho a la reparación, al hacerse presente el riesgo de que dichas actividades se consideren como infractoras de dichos derechos, si no se cuenta con la autorización del titular. El conflicto central, por tanto, es cómo hacer compatible el hecho de que determinadas las iniciativas legislativas de la Unión en pro del derecho a reparar requieran acceso a determinados productos y, a su vez, la normativa de los derechos de propiedad intelectual e industrial permita que los titulares de los derechos impidan dicho acceso ejercitando su haz de derechos de exclusiva⁴². De hecho, tal es la magnitud de esta tensión que la propia Directiva sobre derecho a reparar reconoce que los derechos de propiedad intelectual pueden constituir una barrera legítima y objetiva a la obligación de reparación impuesta a los fabricantes⁴³, lo que compromete de manera clara su efectividad práctica, salvo que sea, por tanto, en la propia legislación europea que regula la propiedad intelectual e industrial donde se dé acogida al fenómeno. Y es que es evidente que, sin un adecuado despliegue del derecho a la reparación, no es posible un tránsito a la circularidad.

14. En términos dogmáticos, como puede intuirse de lo ya desarrollado *ut supra*, hay un ámbito en la legislación sobre propiedad intelectual e industrial que se considera el más adecuado para encontrar este balance interno entre derechos e intereses contrapuestos: las excepciones y limitaciones al ámbito de protección material de cada tipo de derecho de propiedad industrial e intelectual. Las excepciones y limitaciones constriñen el alcance de la protección para responder a fines de interés público, a otros derechos o intereses en juego e incluso a valores comúnmente aceptados por la sociedad en un

³⁹ J.D. SARNOFF, “The right to repair, Intellectual Property, Exhaustion, and Preemption” en S. ELVY / N.S. KIM (Eds.), *The Cambridge Handbook of Emerging issues at the intersection of commercial law and technology*, Cambridge University Press, 2025, p. 216.

⁴⁰ A. KUR, “As good as new- sale of repaired or refurbished goods: commendable practice or trademark infringement”, *GRUR International*, Vol. 70, núm. 3, 2021, p. 228.

⁴¹ *Inter alia*, E. TERRY, “A right to repair? ...”, p. 864; M. VAN DER VELDEN / E. MAITRE-EKERN / D. KATLAND WANJA, “The role of independent repair in a circular and regenerative economy”, *Circular Economy and Sustainability*, Vol. 4, 2024, p. 2985; A. KUR / I. CALBOLI, “Intellectual property in the circular economy”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 18, N. 5, 2023, pp. 337-338; T. PIHLAJARNINNE, ‘Repairing and re-using from an exclusive rights perspective- towards sustainable lifespan as part of a new normal?’, en O. RONGSTAD E I.B. ØRSTAVIK (Eds.), *Intellectual Property and Sustainable Markets*, Ed. Edward Elgar, 2021, pp. 81 y ss.; E. IZYUMENKO, “Intellectual Property in the age of environmental crisis: how trademarks and copyright challenge the human right to a healthy environment”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 55, 2024, pp. 864 y ss.

⁴² M. VANDERHEAGHE / J. VANHERPE, “The right to repair in the European Union. Considerations from an UE perspective”, en D. GRUYAERT, (Ed.), *Sustainability, Law and Criminology*, Intersentia, Louvain-la-Neuve, 2025, p. 47.

⁴³ Art. 5.6 de dicha Directiva.

entorno y momento dados⁴⁴. Estas excepciones y limitaciones están permitidas expresamente por la normativa internacional de carácter imperativo, el Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (en adelante, ADPIC), y están disponibles para que los firmantes de dicho Acuerdo (la práctica totalidad de Estados del mundo, y la propia UE) las incorporen en sus ordenamientos jurídicos de acuerdo con el conocido como “*three-step-test*”, según el cual la correspondiente excepción o limitación debe aplicarse a casos especiales, que no atenten contra la explotación normal del objeto protegido y que no causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los titulares del derecho correspondiente⁴⁵. En todo caso, las excepciones y limitaciones deben entenderse, en el ámbito del derecho europeo general y también en el acervo en materia de propiedad intelectual e industrial de manera específica, como derogaciones particulares a una regla general. Por tanto, siempre se interpretan de manera restrictiva⁴⁶. Pero es relevante señalar que estas limitaciones y excepciones son límites intrínsecos a cada uno de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Es decir, por cada normativa concreta adoptada para tutelar el correspondiente objeto intelectual de protección (marcas, patentes, diseños, derechos de autor, etc...), hay un listado de excepciones y limitaciones que pueden recaer sobre él y que, dada la naturaleza del derecho derivado de la Unión, si se reconocen en Directivas pueden presentar una naturaleza forzosa o, por el contrario, permitir que cada uno de los EEMM puedan introducirlos a voluntad en sus derechos de propiedad intelectual o industrial nacionales. Así las cosas, la tutela de otros objetivos igualmente deseables a través de la limitación de los derechos de los que goza *ex lege* el titular de un derecho de propiedad intelectual o industrial debe reconocerse de forma expresa en el seno de la propia normativa, como puede colegirse de la jurisprudencia del TJUE, por ejemplo, en materia de derecho de marcas⁴⁷, fácilmente aplicable por analogía al resto de los derechos de propiedad intelectual e industrial, ya se trate de aquellos ya armonizados en la Unión Europea o de los que están en proceso paulatino de armonización.

15. Pero, ¿qué sucede cuando se superponen diferentes derechos de propiedad intelectual e industrial y, por tanto, los esfuerzos de conciliación entre intereses contrapuestos que el legislador ha previsto en el seno de la norma que tutela uno de ellos quedan neutralizados como consecuencia de su interacción con la extensión de la protección de otro de los derechos que pudieran recaer sobre el mismo objeto? La doctrina jurisprudencial sobre el juego de equilibrios intrínsecos antes anunciada deviene insuficiente ante esta posibilidad, algo que es más común de lo que parece por razones tanto jurídicas como de eminente índole práctica: jurídicamente, la acumulación de protecciones sobre la misma creación de la mente es una apuesta clara del legislador europeo en buena parte de los casos posibles, como es el caso de las interfaces entre la marca (tridimensional) y el diseño registrado o el diseño registrado y los derechos de autor. En otro lugar ya hemos analizado en detalle los obstáculos que el desarrollo jurisprudencial de la interfaz que los derechos del diseño y los derechos de autor puede suponer a los efectos de la reparación cuando recaen sobre la misma creación, llegando incluso a la neutralización de la cláusula de reparación adoptada expresamente en la normativa relevante⁴⁸. En términos prácticos, incluso cuando esta total identidad entre objetos protegidos no está presente, cada vez es más habitual que, en un mismo

⁴⁴ A. KUR, “From minimum standards to Maximum rules” en J. ULLRICH / OTROS, *TRIPS plus 20. From Trade Rules to Market Principles*, ed. Springer-Verlag, Berlín, p. 139.

⁴⁵ Estos tres principios han de cumplirse de manera acumulativa, si bien en algún caso con alguna especificidad, tal como se recoge en los artículos 13, 17, 26.2 y 30 del Acuerdo de los ADPIC.

⁴⁶ Este clásico principio hermenéutico se remonta a los años ochenta del pasado siglo, pero, más recientemente, puede encontrarse en, entre otros, la Sentencia de 26 de octubre de 2006, *Commission of the European Communities v. Kingdom of Spain*, ECLI:EU:C:2006:672, apartado 31, y posterior jurisprudencia en la materia.

⁴⁷ SSTJUE de 23 de febrero de 1999, *Bayerische Motorenwerke AG (BMW) y BMW Nederland BV contra Ronald Karel Deenik*, C63/97, EU:C:1999:82, apartado 62; de 17 de marzo de 2005, *The Gillette Company y Gillette Group Finland Oy contra LA-Laboratories Ltd Oy*, C228/03, EU:C:2005:177, apartado 29 o, más recientemente y relevante a nuestros efectos también en términos materiales, el Auto del TJUE de 6 de octubre de 2015, *Ford Motor Company contra Wheeltrims srl*, C500/14, EU:C:2015:680, apartado 43.

⁴⁸ J.A. GIL CELEDONIO, “Did copyright kill the repair clause? La cláusula de reparación y su posible neutralización bajo el prisma de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE”, en A. TATO PLAZA / J. COSTAS COMESAÑA/ OTROS (DIRS.), *Nuevas Tendencias en el Derecho de la competencia y de la propiedad industrial e intelectual V*, Atelier, Barcelona, 2026, pp. 434 y ss.

producto, convivan diferentes derechos de propiedad intelectual e industrial, correspondientes al mismo o a diferentes titulares, y que un derecho sea capaz de superponerse a otros, ya sea por insuficiencias regulatorias o por interpretaciones jurídicas excesivamente rigoristas. Hablaríamos, en este caso, de concurrencia de derechos de propiedad intelectual o industrial sobre el mismo producto.

16. Será un ejemplo de ese segundo escenario el que se analizará en este artículo, a fin de demostrar que la vis expansiva del derecho de marcas puede incluso neutralizar el efecto de la cláusula de reparación adoptada en el seno de la legislación europea que tutela el diseño industrial, como se pone de manifiesto a la luz de una reciente Sentencia del TJUE, la recaída en el asunto C-334/22, que enfrentó a la conocida compañía automovilística alemana AUDI AG con un comercializador particular de piezas de recambio. Para ello, en primer lugar, se ofrecerá una visión panorámica del marco jurídico de la Unión para la protección del diseño y cómo el fenómeno de la reparación se ve reflejado a través de la introducción definitiva de la cláusula de reparación, que afecta a los productos complejos. Con posterioridad, se ofrecerá una sucinta aproximación a la relación entre el derecho de marcas y la reparación de los productos, para, finalmente, ofrecer una crítica a la Sentencia del TJUE anteriormente citada.

II. El sistema europeo de protección del diseño y la reparación del producto complejo

17. El sistema jurídico para la protección del diseño en la Unión Europea se inserta armónicamente en un variado entorno internacional en el que existe una compleja profusión de Tratados, pero pocas de sus normas presentan carácter imperativo⁴⁹, lo que ha sido objeto de un amplio estudio por muy destacados especialistas⁵⁰. La consecuencia lógica de esta ausencia de reglas comunes imperativas es, precisamente, la generación de un espacio regulatorio generoso, lo que ha permitido que el diseño se proteja de acuerdo con diferentes institutos jurídicos en diferentes lugares. No obstante, su comprensión debe partir de un hecho consustancial que tiene ramificaciones económicas, sociales, culturales y, por tanto, jurídicas: la preocupación por la protección del diseño es compartida histórica y geográficamente, en tanto el diseño como intangible, en sentido amplio, es la manifestación más evidente del acto de creación intelectual, a partir del cual se materializan el resto de expresiones y materializaciones específicas. Partiendo de esa base, el sistema europeo de protección del diseño, hecho a medida para dar respuestas a los retos de industrias fabricantes de productos utilitarios en las que la creatividad aporta un gran valor añadido al producto final, es un ejemplo de enfoque sistémico que pretende beneficiar a los diseñadores (premiando su creatividad), inversores (ofreciéndoles una posición exclusiva en el mercado con una limitación temporal) a las empresas competidoras (al aclarar los límites conferidos a cada diseño protegido) y, en fin, a los consumidores, que son los usuarios de los productos diseñados. En términos críticos, parece que la circularidad o la reparación no fueron, en sí mismos, elementos consustanciales del sistema adoptado, aunque no deja de ser cierto que este hecho jurídico es consecuencia de que dicha preocupación no parecía ser la imperante entonces: según destacados especialistas, el objetivo primordial de la normativa tutelar del diseño fue añadir más objetos al mundo, dado que nunca se incorporaron incentivos para desarrollar un modelo en el que, por el contrario, se invirtiese en bienes duraderos y de alta calidad⁵¹.

18. Sea como fuere, los contornos de este sistema de protección vienen dados por una serie de elementos que lo distinguen de otros marcos protectores, entre los que pueden señalarse la consagración

⁴⁹ J.A. GIL CELEDONIO, “El Tratado de Riad sobre Derecho de los diseños (DLT) y su contribución al sistema internacional para la propiedad industrial e intelectual”, *Revista Propiedad Intelectual e Innovación Digital*, Vol. 2, núm. 1, 2025, págs. 73-82.

⁵⁰ A. KUR / M. LEVIN / J. SCHOVBO, *The EU Design Approach: a global appraisal*, Edward Elgar, Chentelham, 2018; A. GARCÍA VIDAL, *El diseño comunitario: estudios sobre el Reglamento (CE) núm. 6/2002*, Thompson Reuters Aranzadi, Madrid, 2012; C. FERNÁNDEZ NÓVOA/ J.M. OTERO LASTRES / M. BOTANA AGRA, *Manual de la propiedad industrial*, 3ª ed., edit. Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 354-478.

⁵¹ D. BELDIMAN / S. TEILMANN-LOCK / A. TISCHNER, “Designing for the European Green Deal- A supplementary protection regimen for circular designs in the EU”, en D. BELDIMAN (Ed.), *Design Law. Global Law and Practice*. Ed. Edward Elgar, Cheltenham, 2025, pp. 651 y 659-660.

de un largo período de gracia (que no destruye la aptitud para que el derecho pueda registrarse y, por tanto, concederse), el reconocimiento del carácter singular como requisito sustantivo (alejado del principio de originalidad, clave en la protección de los derechos de autor), un requisito de novedad alejado del utilizado en los sistemas de patentes (incluso del europeo) y una clara orientación al mercado, reflejada en la noción central del “*usuario informado*”, igualmente emancipada de figuras similares presentes en otros ámbitos de la propiedad intelectual e industrial⁵². Asimismo, se ha argumentado muy solventemente que alrededor de este sistema pivotan el resto de derechos de propiedad intelectual, con los que, por tanto, tiene puntos de conexión y conflicto⁵³. Es por ello por lo que el diseño es particularmente tendente a que su objeto de protección pueda ser también protegido por otros derechos de propiedad intelectual o industrial, generando acumulación de protecciones de diversa naturaleza de las que se derivan, igualmente, diversas consecuencias.

19. Desde su inicio, la protección deriva de la coexistencia estructural entre la(s) protección(es) nacional(es) y una protección unitaria con cobertura en todo el territorio de la UE, lo que se acomoda jurídicamente gracias a la convivencia entre la DD y el RDC originales (de publicación en 1998 y 2002, respectivamente), siguiendo el ejemplo exitoso del sistema europeo para la protección de las marcas. Pero, reconociendo sus bondades y aciertos a lo largo de sus primeros años de existencia, relevantes estudios elaborados por la Comisión Europea⁵⁴ y las consultas públicas de las partes interesadas mostraron que el momento de su reforma había llegado: parte de su marco jurídico seguía fragmentado y debía actualizarse para afrontar los retos de los entornos digitales. La reforma se llevó a cabo de manera rápida y pacífica y las nuevas versiones de ambas normas fueron adoptadas y publicadas en 2024. Su contenido ha sido analizado por diferentes especialistas⁵⁵, y todos subrayan la adopción de la conocida como cláusula de reparación como su elemento central.

20. Pero, antes de analizar materialmente dicha cláusula, es necesario subrayar que el objeto protegido de la normativa del diseño es, precisamente, el resultado de la tarea consistente en diseñar, esto es, la idea y conceptualización de determinados elementos de un objeto que, sirviendo para lo mismo que otros objetos similares, presenta un cierto nivel de individualidad en su apariencia⁵⁶, con el objetivo de hacerlo más atractivo para los potenciales consumidores. Como es habitual en la dogmática común a la propiedad industrial e intelectual, la normativa reguladora del diseño se preocupa de los elementos que configuran y dan forma al aplicarse al objeto, y no por el objeto en sí mismo, en tanto unidad⁵⁷. Por tanto, la definición legal de “*diseño*” es intencionalmente amplia y genérica, ya que el sistema está configurado precisamente para poder dar protección al mayor número posible de creaciones⁵⁸, para lo que se adopta un enfoque ciertamente neutral: el artículo 2 del RDC (y el artículo correspondiente de la DD) establece que el diseño hace referencia a “*la apariencia de la totalidad o de una parte de un*

⁵² A. KUR, “Twenty Tears in Design Law- What has changed?”, en H. BOSHER / E. ROSATI (DIRS.), *Developments and Directions in Intellectual Property Law*. Oxford University Press, 2023, pp. 146-147.

⁵³ U. SUTHERSANEN, “Breaking down Intellectual Property barriers”, *Intellectual Property Quarterly*, núm. 3, 1998, p. 284.

⁵⁴ COMISIÓN EUROPEA / EUROPE ECONOMICS, *The economic review of Industrial Design in Europe- Final report*. 2015 <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/4e62b2fd-f1c6-41ed-83bb-7c20370f6bf1/language-en> (último acceso: junio de 2025); COMISIÓN EUROPEA, *Legal review on industrial design protection in Europe – Final report*, EU Publications Office, 2016. <https://data.europa.eu/doi/10.2873/056970> (último acceso: junio de 2025).

⁵⁵ *Inter alia*, R. BRITKA / D. OP DE BEECK, “EU Design laws: changes on the horizon”, *European intellectual Property Review*, Vol. 8, núm. 45, 2023, pp. 463-471; S. LOUREDO CASADO, “Análisis de las modificaciones previstas en la legislación de diseño industrial a nivel europeo”, en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Vol. 43, 2023, pp. 133-155; J. A. GIL CELEDONIO, “La reforma del régimen jurídico para la protección de los diseños industriales en Europa: principales elementos de una (esperada) innovación normativa” en M. I. CANDELARIO MACÍAS (DIR.), *Los nuevos horizontes y metas de la propiedad industrial*, Aranzadi, Madrid, 2024, págs. 147-177; A. ARROYO APARICIO, “Diseño industrial de la UE. Noción y requisitos de protección (reforma de la UE sobre dibujos y modelos industriales – “diseño industrial”–. Reglamento 2024/2822 y Directiva 2024/2823)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 17, núm. 2, 2025.

⁵⁶ C. LENCE REIJA, *La protección del diseño en el derecho español*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 17.

⁵⁷ J. PILA / P. TORREMANS, *European Intellectual Property ...*, p. 461.

⁵⁸ A. KUR / M. LEVIN, “The design approach revisited: background and meaning” en A. KUR / M. LEVIN / J. SCHOVSBØ, *The EU Design Approach...* p. 10.

producto derivada de las características, en particular las líneas, los contornos, los colores, la forma, la textura, los materiales del producto en sí o su decoración, incluidos el movimiento, la transición o cualquier tipo de animación de dichas características”.

21. Como puede observarse, el diseño se define por referencia a la noción legal del producto en el que se plasme o incorpore. Dicha noción es igualmente amplia: el mismo artículo 2 del RDC, en su actual iteración, reconoce que es un producto

“todo artículo industrial o artesanal, con exclusión de los programas informáticos, independientemente de si está incorporado a un objeto físico o se presenta en formato no físico, incluidos: a) el embalaje, los conjuntos de artículos, la disposición espacial de elementos destinados a formar un entorno interior o exterior, y las piezas destinadas a su montaje en un producto complejo y b) las obras o los símbolos gráficos, los logotipos, los patrones de superficie, los caracteres tipográficos y las interfaces gráficas de usuario”

La normativa, por tanto, admite la protección de diseños que se materialicen en objetos de una sola pieza, pero también de diseños que se plasmen en productos complejos, aquellos constituidos por *“múltiples componentes reemplazables que permiten desmontar y volver a montar el producto”*. Bajo este concepto su encuentran multitud de objetos de uso cotidiano y muy distinta naturaleza (y precio): desde vehículos utilitarios a bicicletas, sillas reclinables, muebles, electrodomésticos, etc...

22. Teleológicamente, la cláusula de reparación es una regla que intenta particularmente encontrar un equilibrio entre dos posiciones habitualmente contrapuestas que conviven dentro del complejo ecosistema de la industria de la automoción: la que enfrenta en los mercados secundarios a los fabricantes de vehículos, que también comercializan piezas de recambio originales, con todo un conjunto de actores económicos que van desde otros productores de piezas de recambio no originales a los talleres de reparación, pasando por las compañías aseguradoras⁵⁹. En estos ámbitos pueden darse problemas desde el punto de vista del derecho de la competencia, ya que son visibles tanto prácticas colusorias como abusos de posición dominante en diferentes puntos de la cadena de valor⁶⁰. Desde el punto de vista regulatorio, la cláusula pretende situarse a medio camino entre dos escenarios idealmente opuestos (y, por tanto, idénticamente indeseables): uno en el que los componentes de un producto complejo no podrían encontrar protección jurídica como diseños registrados (escenario que, probablemente, desincentivaría la innovación formal y podría acarrear una menor ideación y fabricación de productos complejos) y otro en el cual dichas partes tendrían un muy alto nivel de protección, como cualquier otro diseño, lo que crearía serios problemas desde un punto de vista de la competencia en mercados secundarios, ya que se sujetaría a los consumidores finales a una especie de *pseudo*-contrato con el productor original, que subsistiría después de la compra del producto complejo, lo que constituye un ejemplo de *“lock-in effect”*⁶¹. La solución jurídica intermedia es, por tanto, adoptar una regla (la cláusula de reparación) que incorpora una limitación a los derechos del titular del diseño registrado sobre una pieza componente de un producto complejo, de tal modo que dichas piezas puedan ser aptas para gozar de la protección otorgada por el diseño registrado

⁵⁹ J.A. GIL CELEDONIO, “Halfway between protection and competition: the “repair clause” after the recent reform of the EU Design acquis. Next steps for the Spanish legal framework”, *Revista de Propiedad Intelectual e Innovación Digital*, Vol. 2, núm. 3, pp. 24 y ss.

⁶⁰ J. TAMAYO VELASCO, “¿Relaciones irreparables?: conflictos de libre competencia entre aseguradoras automovilísticas y talleres de reparación”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Vol. 43, 2023, pp. 231 y ss.

⁶¹ Entre ambos extremos teóricos, útiles en tanto casos de estudio, caben, por supuesto, otras opciones regulatorias, que podrían incluir el establecimiento de un período menor de protección para estas piezas frente a otro tipo de diseños o un sistema de remuneración con cánones proporcionales a ser pagados a los titulares por parte de sus competidores del mercado secundario. No obstante, tanto la Comisión Europea como, particularmente, los grupos de interés del sector automovilístico las han rechazado por no ser suficientemente efectivas. Otras posibilidades se ubicarían fuera del ámbito objetivo del derecho de la propiedad intelectual e industrial y se circunscriben más bien al derecho de la competencia. Un buen resumen puede encontrarse en A. FIRTH, “Repairs, interconnections and consumer welfare in the field of Design”, en C. HEATH / A. KAMPERMAN SANDERS (EDS.), *Spare, Repairs and Intellectual Property Rights*, Kluwer International BV, La Haya, 2009, p. 150.

de forma general, pero el haz de derechos exclusionarios atribuidos al titular se restrinja ante ciertos casos en los que prima la necesidad de reparación del producto complejo del que la pieza forma parte, siempre y cuando se cumpla con una serie de requisitos. Y es que se ha apuntado correctamente que, desde un punto de vista pro-competencia, en el mercado de ciertas piezas de recambio solamente la imitación, en el sentido de ofrecer un componente de forma idéntica, es la manera de proporcionar alternativas viables a los consumidores⁶². Y ello es, simplemente, porque el comprador de un vehículo en particular puede no desear que este pierda su estética original como consecuencia de una reparación.

23. Es relevante destacar que esta cláusula de reparación nunca estuvo pensada para todo tipo de componentes cuyo recambio pueda hacerse necesario en un momento dado. El aceptado requisito de visibilidad durante el uso normal como estándar de protección al que estas piezas se someten impide que se protejan los diseños de aquellas partes del producto complejo que, aun siendo necesarias para su funcionamiento (y ulterior reparación), no son visibles⁶³. Por tanto, el diseño de cualquier pieza no visible (cualquiera bajo la carrocería, por ejemplo) no puede ser protegido y, en consecuencia, la aplicación de la cláusula de reparación nunca sería necesaria. En segundo lugar, siempre ha sido intención de la Comisión dedicar esta limitación solamente a aquellas piezas que, a los efectos de reparación, sean necesarias para restaurar la apariencia original global del producto complejo, lo que la doctrina denomina piezas “*must-match*”. Por ejemplo, las puertas, el parachoques, la tapa delantera o los espejos retrovisores serían epítomes de piezas cuya fabricación puede en teoría acogerse a la cláusula de reparación, pero no así otros elementos, como por ejemplo las llantas de aleación de las ruedas⁶⁴.

24. Con una compleja trayectoria legislativa que hemos analizado de forma detallada en otro lugar⁶⁵, que incluye dos intentos fallidos de introducción de dicha cláusula en la DD, su introducción en el RDC y una muy relevante Sentencia del TJUE, recaída en el caso conocido como *Acacia*⁶⁶, los actuales artículos 19 DD y 20 bis del RDC contienen la formulación definitiva de la cláusula de reparación, idéntica sustantivamente hablando, lo que garantiza su aplicación uniforme y acaba con la histórica fragmentación del mercado interior de piezas de recambio en el territorio de la Unión. Por tanto, los derechos del titular sobre el diseño de componentes “*must-match*” del producto complejo quedan limitados, siempre y cuando la reparación sea para devolver el vehículo a su estética original. Como contrapartida, se incorporan una serie de obligaciones de diligencia debida e información a cumplir por los oferentes de dichas piezas a los consumidores intermedios o finales, a fin de asegurar que no se va más allá de su ámbito de aplicación. En el caso de la DD, se ha dado un muy amplio plazo para su transposición a los sistemas jurídicos nacionales (el 9 de diciembre de 2032, 8 años desde la entrada en vigor) por parte de aquellos EEMM que no tuviesen una cláusula similar ya incorporada⁶⁷. Parece poco arriesgado decir que la situación ha mejorado desde el punto de vista del comercio intracomunitario: las relaciones entre los productores de piezas originales que tengan diseños registrados sobre dichas piezas y los productores y

⁶² A. KUR, “Limiting IP protection for competition policy reasons” en J. DREXL, (ED.), *Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2008, pág. 327.

⁶³ En los términos de la Sentencia de 28 de octubre de 2021, *Ferrari SpA v Mansory Design Holding GmbH* WH, C-123/20, ECLI:EU:C:2021:889, apartado 46.

⁶⁴ A este respecto, “...la puerta de un automóvil ha de reproducir las características del modelo original para poder ser incorporada al concreto vehículo (modelo) que se pretende reparar y solamente servirá para tal modelo y no otro. Lo mismo puede predicarse de los faros o los cristales. No ocurre lo mismo con las llantas... Estas no se advierten como un componente del modelo complejo por cuanto el adquirente es consciente que existen multitud de modelos en el mercado y muchos de ellos son intercambiables, cuando coincidan las características técnicas de los mismos.”, Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 18 de junio de 2010, ECLI:ES:APA.2010:2214, FJ cuarto.

⁶⁵ J. A. GIL CELEDONIO, “Halfway between protection and competition...”, pp. 28 y ss.

⁶⁶ Sentencia de 20 de diciembre de 2017, *Acacia Srl v Pneusgarda Srl and AUDI AG and Acacia Srl and Rolando D'Amato v Dr. Ing. h.c.F. Porsche AG*, C-397/16 y C-435/16, ECLI:EU:C:2017:992.

⁶⁷ Adoptaron una cláusula de este tipo *ab initio* Bélgica, España, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, el Reino Unido, Hungría, Letonia y Grecia, con diferencias, aunque proclives a la liberalización. Influyen en esta posición tanto la forma de entender el mercado como la presencia o no de un fuerte sector de los recambios u otras industrias de accesorios. El resto de EEMM han sido tradicionalmente poco proclives a la incorporación de la cláusula, por motivos de protección de sus industrias automovilísticas nacionales.

comercializadores de las piezas de recambio no provenientes del fabricante original deberían reducirse a la verificación de los cumplimientos que permiten acogerse a la cláusula de reparación, todo ello bajo un marco jurídico unificado, en el que no deberían darse más conflictos que los ocasionales que se derivan de las relaciones comerciales ordinarias. Su contribución al paradigma del derecho a la reparación no puede menospreciarse, en tanto asegurar el atractivo económico de los componentes de reparación, esto es, su precio, es fundamental para su puesta en práctica⁶⁸. La introducción de competencia en el sector de las piezas de recambio incrementará además la oferta de los servicios de reparación y la disponibilidad de las piezas. Con ello, se estima se reducirán los costes que conlleva la reparación del producto complejo, lo que hará la reparación más atractiva.

25. De hecho, que haya sido necesario adoptar la cláusula de reparación, como limitación a un tipo específico de derecho de propiedad industrial, precisamente pone de manifiesto que los derechos de propiedad industrial e intelectual pueden ser una barrera a tales efectos, si son utilizados por sus titulares como medios para prevenir que los consumidores y los competidores tengan alternativas de reparación. Este comportamiento no presenta carácter novedoso: desde, al menos, los años setenta del pasado siglo, están bien documentados los cambios en las estrategias empresariales de parte de la industria de la automoción europea⁶⁹, que comenzó a utilizar de manera intensiva los derechos de propiedad industrial que protegen el diseño como herramienta para controlar el mercado secundario, como las Sentencias del TJUE recaídas en los casos in *Volvo v. Veng*⁷⁰ o *CICRA v. Renault*⁷¹ ilustran claramente. En puridad, igualmente los derechos de autor o los derechos de patente pueden suponer obstáculos notables de muy diversas maneras⁷², particularmente ante interpretaciones judiciales tendentes a proteger (quizá en exceso) el patrimonio jurídico que el haz de derechos del correspondiente título de propiedad intelectual o industrial confiere a sus titulares, en detrimento de posiciones más equilibradas⁷³. En parte esto se debe a las estrategias proactivamente agresivas de los titulares de los derechos concernidos, que pueden recurrir a un amplio *ius prohibendi* frente a una gran diversidad de actos no autorizados de terceros, pero también al propio contexto geopolítico y económico en el que se configuraron los derechos de propiedad industrial e intelectual tal y como los conocemos hoy, con el modelo de elevada protección promovido por el Acuerdo de los ADPIC.

III. Marcas, otros derechos de propiedad intelectual, sobreprotección y derecho a la reparación a la luz de la Sentencia del asunto C-334/22, AUDI AG contra GQ

1. Una aproximación conceptual

26. Las repercusiones de las marcas sobre las actividades de reparación son ampliamente conocidas, en tanto juegan un rol fundamental no solamente para la comercialización de los componentes de productos complejos en tanto bienes en competencia con los ofrecidos por el resto de empresas, así como de los consiguientes servicios de reparación, sino también para indicar que dichas piezas van destinadas a la reparación⁷⁴. Muchos expertos vienen haciendo hincapié en las aparentes insuficiencias

⁶⁸ T. PIHLAJARINNE, “European steps to the right to repair: to-wards a comprehensive approach to a sustainable lifespan of products and materials”, *University of Oslo Faculty of Law Legal Studies. Research Paper Series*, núm. 2020-32, 2020, p. 8.

⁶⁹ L. GIMENO, “Spare parts in Spain and from a European perspective”, *European Intellectual Property Review*, núm.19, 1997, p. 537.

⁷⁰ Sentencia de 5 de octubre de 1988, *AB Volvo v. Erik Veng (UK) Ltd.*, C-238/87, ECLI: EU:C:1988:477.

⁷¹ Sentencia de 5 de octubre de 1988, *Consorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli and Maxicar v. Régie nationale des usines Renault*, C-53/87, ECLI:EU:C:1988:472.

⁷² T. PIHLAJARINNE, “European steps to the right to repair”..., p. 8 y ss; A.D. ROSBOROUGH/ L. WISEMAN/ T. PIHLAJARINNE, “Achieving a (copy)right to repair for the EU’s green economy”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 18, núm. 5, 2023, pp. 344 y ss.

⁷³ I. CALBOLI, “Pushing a square into a round hole? Intellectual property challenges to a sustainable and circular economy and what to do about it”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 55, 2024, p. 238.

⁷⁴ A. TISCHNER / K. STASIUK, “Spare Parts, Trade Marks and consumer understanding”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 54, 2024, pp. 26-27.

concretas del actual acervo europeo en materia de marcas para el despliegue efectivo del derecho a la reparación⁷⁵. Si bien es cierto que estos especialistas apuntan singularmente a las potenciales infracciones de marca en las que se puede incurrir cuando se reutilizan productos ya marcados para producir otros productos nuevos (*upcycling*), particularmente en lo que a confusión en el consumidor o la dilución de la imagen que los consumidores tienen de una marca se refiere⁷⁶, la interfaz del problema tiene otras aristas que alcanzan también, de manera no exhaustiva, a la publicidad de los servicios de reparación, a la fabricación, la oferta y la publicidad de las piezas de recambio y a la propia comercialización de productos de segunda mano que hayan sido objeto de reparación previa⁷⁷. Todo este mosaico de posibilidades comerciales merecen una adecuada consideración más allá de la discusión académica, ya que una reciente Sentencia del TJUE es paradigmática a los efectos de demostrar uno (más) de los obstáculos que puede imponer el derecho de marcas en la práctica cuando se da la circunstancia de que la marca convive con otros derechos de propiedad intelectual o industrial que convergen en el mismo objeto⁷⁸, esto es, la que hemos denominado como concurrencia de protecciones.

27. Y es que las marcas pueden ser particularmente efectivas para bloquear a competidores, en tanto que derechos de propiedad industrial, fundamentalmente por dos razones: en primer lugar, a diferencia de las patentes, los diseños o los derechos de autor, una marca puede proteger el signo distintivo correspondiente por un período de tiempo tendencialmente infinito, siempre y cuando sea renovada cada cierto tiempo⁷⁹, pueda probarse su uso y no caduque o sea declarada nula, por lo que otorga al titular un derecho que podría conservar infinitamente. En segundo lugar, los derechos que la marca otorga a su titular pueden extenderse a la totalidad del producto o a su embalaje, una vez estos son marcados, lo que es clave a los efectos de determinar el alcance práctico de los derechos de exclusiva. En esto se diferencia de los diseños registrados (que rara vez protegen todos y cada uno de los elementos de la forma de un producto, en tanto están expresamente excluidos del ámbito de protección, por ejemplo, aquellos elementos dictados esencialmente por su función técnica⁸⁰ y, además, son registrados en la UE y sus EEMM sin un verdadero examen de fondo), de los derechos de autor (en tanto la protección solo se extiende a los elementos creativos de la obra) o de las patentes, que, si bien legalmente extienden sus derechos a los productos objeto de la patente, no son muy habituales los productos finales que, en su totalidad, están protegidos por una patente. Por tanto, tanto su extensión ilimitada en el tiempo como su amplio efecto protector sobre el producto final marcado permiten que un uso estratégico y proactivo de la marca garantice posiciones preminentes en un determinado nicho de mercado, sin que sea fácil de eludir por los competidores, creando verdaderos bloqueos.

28. No parece arriesgado avanzar que el debate doctrinal que la citada Sentencia genera es interesante, en tanto aporta luz a la discusión sobre las insuficiencias que el actual acervo europeo en materia de propiedad industrial e intelectual tiene en relación con el derecho a la reparación ya analizado. Tal y como se desgranará con posterioridad, se puede adelantar ya que se adoptará una postura crítica con las

⁷⁵ *Inter alia*, T. PIHLAJARINNE, “Repairing and re-using from an exclusive rights perspective...”, p. 81; M. SENFTLEBEN, “Developing defences for fashion upcycling in EU Trademark Law”, *GRUR International*, Vol. 73, núm. 2, 2024, p. 100 y ss.; E. IZYUMENKO, “Intellectual Property in the age of environmental crisis: how trademarks and copyright challenge the human right to a healthy environment”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 55, 2024, pp. 864 y ss.; I. ANTÓN JUÁREZ (DIR.), *20 cuestiones clave sobre el derecho de la moda*, Aranzadi, Madrid, 2024, p. 269 y ss.

⁷⁶ I. ANTÓN JUÁREZ, “Reutilización de productos textiles vs. Infracción de un derecho de marca. Estrategias materiales y de litigación transfronteriza”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 16, núm. 1, 2024, p. 49.

⁷⁷ K. KAESLING / S. DEUTSCH / A. WOLF, “Freedom to repair under Trade Mark and Patent Law- A more ecological approach to industrial property rights?”, *GRUR International*, Vol. 75, núm. 1, 2026, p. 5.

⁷⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de enero de 2024, *AUDIAG contra GQ*, asunto C-334/22, ECLI:EU:C:2024:76.

⁷⁹ El Acuerdo sobre los ADPIC reconoce que el registro de una marca la protegerá por un período de no menos de siete años. En la UE, esta regla se ha ampliado hasta los 10 años, contados desde la fecha de presentación de la solicitud (arts. 52 del RMUE y 49 DM).

⁸⁰ J. A. GIL CELEDONIO, “Diseño industrial e innovación tecnológica: límites y posibilidades a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea” en M.I. CANDELARIO MACÍAS (DIR.), *La propiedad industrial, entre la digitalización, la innovación y la sostenibilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, pp. 273-282.

líneas interpretativas de la Sentencia, por lo que esta contribución se unirá a ese ya bien documentado estado del arte sobre el asunto.

29. Es punto de partida común en dicho debate admitir que la promoción de este tipo de fines de evidente interés público requiere reflexionar sobre el alcance de los diferentes derechos de exclusiva que pueden concederse sobre determinados bienes intangibles, sus potenciales limitaciones y excepciones (tal y como aparecen recogidas en los catálogos legales al efecto) y, en particular, los posibles conflictos que puedan derivarse del solapamiento entre los diferentes derechos que pueden recaer sobre el producto final protegido o, como es el caso que se va a analizar, por su contacto en determinadas situaciones del tráfico mercantil ordinario en las que la sobreprotección lleva aparejada resultados económica y socialmente subóptimos y, por ello, desaconsejables.

30. En términos generales, si bien es cierto que el acervo jurídico de la UE en materia de derechos de propiedad industrial e intelectual establece claras distinciones en cuanto al papel que desempeñan las distintas categorías de derechos protegidos, todo ello para impedir la monopolización de soluciones únicas que sean indispensables para el progreso técnico mediante derechos exclusivos relativamente fáciles de obtener y con períodos de validez muy amplio (e incluso infinitos)⁸¹, se permite que, en aquellos casos en los que se cumplan con todos los requisitos sustantivos correspondientes, las diferentes protecciones conferidas por el derecho del diseño registrado, del derecho de marca o de los derechos de autor, por ejemplo, recaigan sobre el mismo bien inmaterial o sobre el mismo objeto protegido. Como regla general, por tanto, las diversas protecciones pueden convivir, salvo que el Derecho de la Unión impida la coexistencia de varios títulos de protección jurídica de manera expresa⁸². Por ello, en determinados casos la prohibición de la acumulación de protecciones es explícita⁸³: así, los diseños registrados son acumulables con la protección otorgada por el derecho de marcas, por las normas del derecho de autor e incluso por las acciones en materia de competencia desleal⁸⁴. Los derechos de autor se consideran compatibles y acumulables con los derechos de propiedad industrial en general⁸⁵, y muy en particular con los diseños⁸⁶, dada la existencia de las conocidas como obras de arte aplicado⁸⁷. No existe norma expresa que regule explícitamente esta cuestión en el seno de la normativa que gobierna el derecho de marcas, pero tampoco existe la norma contraria, por lo que, en aplicación de los principios antes mencionados, son igualmente acumulables con otros derechos que pudiesen existir, particularmente dado el amplio abanico de signos que pueden constituir una marca, en los términos del artículo 4 del Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre la marca de la Unión Europea (en adelante, RMUE)⁸⁸, siempre y cuando no haya una norma que

⁸¹ Si bien esto puede rastrearse ampliamente en la jurisprudencia del TJUE, baste observar el mismo principio en las recientes Conclusiones del Abogado General Szpunar, de 6 de marzo de 2025, caso C-211/24, *LEGO A/S contra Pozitív Energiaforrás Kft.*, ECLI:EU:C:2025:153.

⁸² Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de abril de 2020, *Gömböc Kutató, Szolgáltató és Kereskedelmi Kft. contra Szélemi Tulajdon Nemzeti Hivatala*, C-237/19, ECLI:EU:2020:296, apartado 51.

⁸³ Para ello se arbitran determinados mecanismos que no pueden ser objeto de descripción exhaustiva, pero, fundamentalmente, son dos: la mayor o menor definición conceptual del objeto protegido y, en el caso de los derechos de propiedad industrial, los motivos de denegación absolutos, que impiden que la creación intelectual supere el correspondiente procedimiento administrativo de registro.

⁸⁴ Art. 96 RDC y Disposición adicional décima de la Ley de protección jurídica del diseño industrial.

⁸⁵ Art. 3. 2º de Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, en su versión consolidada.

⁸⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de septiembre de 2019, caso C-683/17, *Cofemel- Sociedade de Vestuário SA v G-Star Raw CV*, ECLI:EU:C:2019:721, apartados 50-52.

⁸⁷ Si bien, en ausencia de definición legal, hay múltiples definiciones doctrinales, por su sencillez y amplitud utilizaremos la planteada por J.A. GÓMEZ SEGADE, “Panorámica de la nueva ley española de diseño industrial”, *Actas de Derecho Industrial y derecho de autor*, Vol. 24, 2003, pp. 29-30, según la cual las obras de arte aplicado son “aquellas creaciones que consisten en la forma de un objeto que, al margen de su utilidad, puede generar un efecto atractivo para los potenciales adquirientes”.

⁸⁸ Podrán constituir marcas, en particular (lo que nos permite vislumbrar a futuro otras posibilidades), “las palabras, incluidos los nombres de personas, los dibujos, las letras, las cifras, los colores, la forma del producto o de su embalaje, o los sonidos, con la condición de que tales signos sean apropiados para: distinguir los productos o los servicios de una empresa de los de

especifique la excepción al declarar un solapamiento no permitido. El paradigma de este caso sería la imposibilidad de registrar como marca tridimensional un signo constituido exclusivamente por la forma u otra característica impuesta por la naturaleza del propio producto o por la forma del producto que sea necesaria para obtener un resultado técnico, lo que traza una línea clara entre la compatibilidad entre marca y patente⁸⁹. Son múltiples las consecuencias de este solapamiento particular y de las particulares normas a las que se somete. Hay numerosa doctrina⁹⁰ y jurisprudencia⁹¹ al respecto, que no será objeto de nuestro análisis, ya que la situación puesta de manifiesto en el caso judicial que utilizaremos como base para nuestra argumentación presenta caracteres distintos.

31. En nuestro caso, se observará cómo la vis expansiva del derecho de marcas, visible en la ampliación de los contornos de algunos de sus conceptos clave gracias, fundamentalmente, a su interpretación dada por el TJUE, colisiona con la puesta en práctica de la cláusula de reparación ya descrita, presente en la normativa reguladora del diseño, y cómo, según la interpretación del TJUE, esta última ha de ceder ante el derecho marcario en determinados supuestos de hecho. Por tanto, el derecho de marcas se superpone tanto frente al despliegue de sus propias limitaciones legalmente reconocidas (resultando indemne internamente) como, en la práctica, a una limitación legal al haz de derechos que, sobre un diseño registrado, tendría el mismo titular, en detrimento de legítimos competidores. Para una aproximación detallada al caso, se realizará un examen del contenido de la Sentencia y se confrontará, fundamentalmente, con las opiniones jurídicas expresadas por la Abogada General Medina en el seno del procedimiento.

2. Los hechos del caso y la respuesta del TJUE

32. El proceso nacional que da origen al caso se ventila ante el Tribunal Regional de Varsovia (Polonia) y enfrenta, en el seno de un litigio por la supuesta vulneración de los derechos de marca, a AUDI AG, el muy conocido gigante automovilístico alemán, con GQ (nombre anonimizado), persona física que, en tanto empresario, vendió piezas de recambio de automóviles (en parte a través de un sitio de internet), principalmente a distribuidores, entre los años 1986 y 2017. En concreto, este empresario anunciaba y ponía a la venta rejillas de radiador, adaptadas y diseñadas para antiguos modelos de coches AUDI, fundamentalmente de los años ochenta y noventa (es decir, con una antigüedad de entre 30 y 40 años en el momento en que tuvo lugar la fase nacional del litigio). Estas rejillas se caracterizan por llevar un elemento destinado a fijar el emblema de la marca figurativa registrada por AUDI como marca europea para la clase 12 de la Clasificación de Niza (vehículos, piezas de recambio, accesorios para vehículos) y, por tanto, con validez en todo el territorio de la Unión. Es relevante señalar que, en el caso de autos, la rejilla de radiador, aun cuando es un componente de un producto complejo que cumple con los criterios *must-match* y, por tanto, puede ser producido por competidores al estar comprendida la pieza en el ámbito material de aplicación de la cláusula de reparación, lleva o puede llevar el emblema del titular superpuesto o colocado sobre ella⁹², algo que es muy habitual en los usos de la industria automovilística,

otras empresas y ser representados en el Registro...de manera que permita a las autoridades competentes y al público en general determinar el objeto claro y preciso de la protección otorgada a su titular". Idéntico contenido material se encuentra en la Directiva paralela y, en consecuencia, en el artículo 4 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, en su versión consolidada.

⁸⁹ Según el art. 7.1 e) del RMUE y su correlativa norma en la DM.

⁹⁰ A. VON MÜHLENDahl, "Three-dimensional trademarks and designs: comparisons and conflict", en H. HARTWIG (Dir.), *Research Handbook on Design Law*, Edward Elgar, Chentelham, 2021, pp. 441-481; S. LOUREDO CASADO, *Las marcas tridimensionales*, Aranzadi, Navarra, 2021.

⁹¹ *Inter alia*, SSTJUE recaídas en los casos C-205/13, *Hauck GmbH & Co. KG contra Stokke A/S y otros* ECLI:EU:C:2014:2233, en el citado *ut supra* C-237/19, ECLI:EU:C:2020:296, en los asuntos acumulados C-84/17, C-85/17 y C-95/17 P, *Société des produits Nestlé SA and Others v Mondelez UK Holdings & Services Ltd*, ECLI:EU:C:2018:596 o, más recientemente, C-17/24, *CeramTec GmbH y Coorstek Bioceramics LLC*, ECLI:EU:C:2025:455.

⁹² Aunque es más que probable que el recurso a la cláusula de reparación no fuese necesario, aun estando teóricamente en vigor, en tanto los modelos de coches AUDI datan de los años ochenta y noventa. En consecuencia, los posibles diseños registrados sobre la forma de rejilla del radiador ya habrían superado los 25 años y serían de libre utilización, al menos desde un punto de vista de dicha normativa. No obstante, no se da información al respecto en la documentación del TJUE.

dado el destacado lugar frontal en el que se ubica la rejilla del radiador. Por tanto, nos enfrentamos a un caso en el que no se da una acumulación de protecciones sobre el mismo bien intangible en sentido estricto. Más bien, nos encontramos ante un caso en el que el producto concernido (la pieza que es la rejilla del radiador, posiblemente protegida en su momento por un diseño registrado) presenta en su configuración un signo distintivo protegido por una marca figurativa de la Unión, en tanto dicho emblema de AUDI se incorpora en la forma general del componente. *Ergo*, un caso de concurrencia de derechos.

33. El Tribunal Regional de Varsovia, enfrentado a los hechos y a la legislación en vigor, considera necesario remitir una serie de cuestiones jurídicas al TJUE, en virtud del procedimiento de cooperación jurisdiccional que es la remisión de la cuestión prejudicial del artículo 267 del TFUE. En el seno del proceso, la cuestión central es relativa a la interpretación de los artículos 9, apartados 2 y 3, letras a) a c) y 14.1 c) del RMUE. Es decir, el alcance de la función fundamental de toda marca y una de sus limitaciones clave: el Tribunal polaco se pregunta si el signo concernido cumple la función de indicar el origen de la pieza de recambio cuando constituye un elemento de dicha pieza. Específicamente, una rejilla de radiador que permite fijar en dicha pieza el emblema del fabricante del automóvil y que representa la forma de una marca de dicho fabricante (o es tan similar a esa marca que induce a confusión), ¿puede considerarse que se cumple la función de indicación de origen?⁹³ Adicionalmente, de cumplir dicho signo tal función y, por ello, constituir una marca, el Tribunal remitente se pregunta si este uso del emblema de AUDI por parte del fabricante de la pieza no original podría verse comprendido en la limitación a los derechos de marca relativa al uso referencial o, por el contrario, si tal uso la desborda y, por tanto, invade el *ius prohibendi* del titular, habiendo violación de los derechos marcarios de AUDI. Asimismo, cuestiona si este uso por parte de GQ se ha venido produciendo de conformidad con las prácticas leales en materia industrial o comercial, requisito básico para la licitud de este uso referencial⁹⁴. Aunque el litigio principal y las preguntas de la cuestión prejudicial se remiten al ámbito del derecho de marcas, no podemos soslayar que sobrevuelan al caso determinadas consideraciones sobre el potencial alcance de la cláusula de reparación más allá de la normativa de diseños industriales⁹⁵, lo que no es sorprendente, habida cuenta de la posición tradicionalmente favorable de Polonia (y sus operadores jurídicos, incluyendo sus tribunales) a la liberalización del sector de las piezas de recambio, que se vio plasmada en la aceptación *ab initio* de la cláusula de reparación (como se vio anteriormente).

34. En sus respuestas, el TJUE consideró que este uso concreto por parte del distribuidor particular de piezas de recambio constituía un uso de la marca de AUDI en el tráfico económico de un modo que “*puede menoscabar una o varias funciones de la misma marca*”⁹⁶ y, posteriormente, que el catálogo de limitaciones a los derechos exclusivos otorgados al titular de la marca y, concretamente, la limitación relativa al uso referencial no alcanza al caso y, por tanto, el titular de la marca puede prohibir al tercero infractor el uso de la marca cuando el signo “*lo constituya la forma de un elemento de la rejilla de radiador; destinado a fijar en ella el emblema que representa la mencionada marca, sin que importe a este respecto que exista o no la posibilidad técnica de fijar ese emblema en la rejilla*”⁹⁷. Al no estar comprendido este uso bajo la limitación del uso referencial, el TJUE no consideró necesario valorar su concordancia con las prácticas leales que constituyen su *conditio sine qua non*.

⁹³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de enero de 2024, *AUDI AG contra GQ*, caso C-334/22, ECLI:EU:C:2024:76, apartado 15.

⁹⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de enero de 2024, *AUDI AG contra GQ*, caso C-334/22, ECLI:EU:C:2024:76, apartados 16 y 17.

⁹⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de enero de 2024, *AUDI AG contra GQ*, caso C-334/22, ECLI:EU:C:2024:76, apartado 14.

⁹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de enero de 2024, *AUDI AG contra GQ*, caso C-334/22, ECLI:EU:C:2024:76, apartado 49.

⁹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de enero de 2024, *AUDI AG contra GQ*, caso C-334/22, ECLI:EU:C:2024:76, apartado 60.

3. Un comentario crítico

35. Cabe comenzar haciendo referencia a una observación que no parece ser discutible: la Sentencia del TJUE es coherente con buena parte de su canon interpretativo precedente y es consistente internamente en varios aspectos. En este sentido, puede señalarse que el TJUE tiende generalmente a interpretar de manera amplia los derechos exclusivos concedidos a los titulares de derechos de propiedad intelectual e industrial. En consecuencia, *contrario sensu*, el TJUE tiende a interpretar las limitaciones a estos derechos exclusivos de una manera estricta, en tanto son consideradas jurídicamente como excepciones a reglas generales, como ya se ha visto. Con independencia de la valoración sustantiva que pueda hacerse, la argumentación jurídica es consistente con la tendencia de ir expandiendo el derecho de marcas a costa de erosionar ciertos límites internos, tanto mediante la ampliación del objeto de protección como a través del estiramiento conceptual, por un lado, de los derechos atribuidos a sus titulares⁹⁸ o, por otro, de determinados conceptos clave de la normativa marcaria, como es el caso del prerequisite del uso como marca⁹⁹. En esto, el derecho de la Unión Europea se amolda en términos jurisprudenciales a los criterios sobre las limitaciones y excepciones recogidos en el Acuerdo sobre los ADPIC. Evidentemente, precisamente por esta interpretación estricta del alcance de las limitaciones correspondientes, así como por razones de seguridad jurídica, el TJUE acierta al indicar que la cláusula de reparación contenida en la normativa europea de diseños industriales (antes y después de la reforma que se ha analizado *ut supra*) no puede desbordar dicho marco jurídico y, por tanto, no es posible aplicarla por analogía a otros derechos de propiedad intelectual e industrial. Por tanto, no puede aplicarse con una suerte de alcance horizontal. En esto el TJUE también es coherente con su jurisprudencia: este aspecto ya había sido puesto de manifiesto en el caso conocido como *Ford contra Wheeltrims*, también sobre conflictos entre diseños y marcas en un contexto de muy similares circunstancias¹⁰⁰, al considerar que no cabe “importar” limitaciones presentes en una norma específica a otros catálogos de limitaciones de otras normas, de tal modo que, en el caso concreto, no cabía invocar la cláusula de reparación como defensa frente a una potencial infracción marcaria¹⁰¹, ni siquiera a fin de defender la competencia no falseada en el mercado interior (mandatada por los Tratados constitutivos) o el interés de los consumidores para elegir entre piezas de recambio originales o no originales. El fallo en el presente asunto confirma, por tanto, la doctrina ya expuesta en este sentido¹⁰², y solamente podrán considerarse, al observar el ámbito protegido por un derecho de propiedad industrial e intelectual, las excepciones o limitaciones expresamente reconocidas en su normativa reguladora. La relación entre ámbito protegido y limitaciones a su protección es, por tanto, absoluta, y el acervo europeo en materia de marcas es visto por el TJUE como un sistema cerrado en sí mismo¹⁰³. Al fin y al cabo, esta es una cuestión que, sin entrar en el fondo material del asunto, es lógica estructuralmente, desde una interpretación auténtica y restrictiva.

36. No obstante, sin perder de vista lo reconocido anteriormente, es necesario que los elementos correctos del fallo sean confrontados con aquellas otras partes del mismo en donde la argumentación es menos sólida y, sobre todo, menos armónica con el conjunto del acervo de la Unión en materia de propiedad intelectual e industrial, que, aun comprendiendo derechos de naturaleza dispar y con finalidades distintas, comparte claramente elementos comunes, como estar dirigido a promover una competencia

⁹⁸ M. SENFTLEBEN, “Developing defences for...” p. 100; I. CALBOLI, “Non-traditional trademarks as barriers to competition, innovation and creativity: what if their protection could be effectively limited in practice?” en G. GHINDI / V. FALCE, (EDS.), *Reforming Intellectual Property*, Edward Elgar, Cheltenham, 2022, p. 5.

⁹⁹ S. GEIREGAT, “Trading repaired and refurbished goods: how sustainable is EU exhaustion of Trade Marks”, *GRUR International*, Vol. 73, núm. 4, p. 296.

¹⁰⁰ La empresa *Wheeltrims srl*, una mercantil italiana, comercializaba tapacubos no originales que incluían la reproducción de las marcas correspondientes, a fin de reproducir la estética de los tapacubos originales. Ford Motor Company consideró que esto infringía sus marcas registradas.

¹⁰¹ Auto del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2015, *Ford Motor Company vs Wheeltrims srl*, caso C-500/14, ECLI:EU:C:2015:680, apartados 39-45.

¹⁰² Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de enero de 2024, *AUDI AG contra GQ*, caso C-334/22, ECLI:EU:C:2024:76, apartados 27-28.

¹⁰³ K. KAESLING / S. DEUTSCH / A. WOLF, “Freedom to repair under Trade Mark and Patent Law...”, p. 7.

no falseada en el mercado interior, sin obstaculizar de manera inapropiada la libertad de movimiento de mercancías. Es jurisprudencia asentada del TJUE que el canon interpretativo de una disposición del ordenamiento jurídico europeo “*requiere tomar en consideración no solamente su tenor, sino también el contexto en el que se inscribe, así como los objetivos y la finalidad que persigue el acto del que forma parte*”¹⁰⁴. Esto es particularmente pertinente en relación al derecho de marcas, que teleológicamente pretende contribuir de manera preminente a la consecución de dicho sistema de competencia no falseado en el mercado, tal y como igualmente ha reiterado el TJUE en su jurisprudencia de manera continua y taxativa¹⁰⁵. Esta finalidad debe presidir la interpretación de dicho cuerpo jurídico: el derecho de marcas se basa en otorgar protección a signos que se utilizan en relación con productos o servicios, por lo que, se ha dicho sugestivamente, se protegen jurídicamente no por lo que son, sino por el rol que cumplen en una economía de mercado¹⁰⁶. Es por ello que, ante las cambiantes realidades de ese mercado, la dogmática sobre las funciones la marca ha evolucionado considerablemente, partiendo de su rol esencial: poner de manifiesto ante el público que los productos o servicios portadores de la marca proceden de una determinada empresa¹⁰⁷. Pero una marca puede transmitir uno o varios mensajes y a diferentes audiencias o segmentos poblacionales más allá de su público objetivo, todo ello a la vez¹⁰⁸. En palabras del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer,

*“parece un reduccionismo simplista limitar la función de la marca a la indicación del origen empresarial... en la mayor parte de los supuestos, el usuario desconoce quién produce los bienes que consume. La marca adquiere vida propia, expresa...una calidad, una reputación e incluso, en determinados casos, una forma de entender la vida... el signo distintivo puede indicar a la vez la procedencia empresarial, la fama de su titular y la calidad de los productos que representa, pero nada impide que el consumidor... no encuentre razón alguna para que esas otras funciones de la marca no sean objeto de protección y sólo se ampare la que indica el origen empresarial de los bienes y de los servicios”*¹⁰⁹

37. Este razonamiento sobre las multifuncionalidad de la marca cristalizó en la jurisprudencia del Tribunal de manera expresa en la célebre Sentencia recaída en el caso *L’Oreal*¹¹⁰, al reconocer las funciones adicionales de calidad, comunicación, inversión o publicidad, y ha moldeado la jurisprudencia posterior. Es por ello que, en el derecho europeo de marcas, la evaluación sobre la existencia de infracción marcaria ha pasado de valorar fundamentalmente su función esencial, la indicativa del origen empresarial del producto o servicio, a un modelo analítico multifuncional en el cual lo relevante es si el uso de la marca por el tercero presuntamente infractor puede menoscabar una o varias de sus funciones, algo que el titular está legitimado a impedir haciendo uso de los derechos exclusionarios que la normativa le reconoce¹¹¹. Y ello ha tenido como más obvia consecuencia tangible la expansión en la práctica del alcance de los derechos exclusivos de los titulares, ya que una interpretación generosa de estas nuevas funciones permite que los titulares de marcas puedan instar a terceros para que se inhiban de cualquier uso de sus marcas, simplemente haciendo referencia al potencial perjuicio que dicho uso pudiese tener

¹⁰⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de marzo de 2023, *Towercast SASU y Autorité de la concurrence, Ministre chargé de l’économie*, caso C-449/21, ECLI:EU:C:2023:207, apartado 31.

¹⁰⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de marzo de 2005, *The Gillette Company y Gillette Group Finland Oy contra LA-Laboratories Ltd Oy*, C228/03, EU:C:2005:177, apartados 33 y 34.

¹⁰⁶ A. KUR, “Trademark functions in European Union Law”, en I. CALBOLI / J. GINSBURG (EDS.), *The Cambridge Handbook of International and Comparative Trademark Law*, Cambridge University Press, 2020, p. 162.

¹⁰⁷ C. FERNÁNDEZ NÓVOA/ J.M. OTERO LASTRES / M. BOTANA AGRA, *Manual de la propiedad...* p. 490.

¹⁰⁸ A. FIRTH, “Shapes as trademarks: public policy functional considerations and consumer perception” *European Intellectual Property Review*, Vol. 23, núm. 2, 2001, p. 86.

¹⁰⁹ Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer, de 13 de junio de 2002, *Arsenal Football Club plc contra Matthew Reed*, caso C-206/01, ECLI:EU:C:2002:373, apartados 46 y 47.

¹¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de junio de 2009, *L’Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie SNC y Laboratoire Garnier & Cie contra Bellure NV, Malaika Investments Ltd y Starion International Ltd.*, caso C-487/07, ECLI:EU:C:2009:378, apartado 58.

¹¹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 2018, *Mitsubishi Shoji Kaisha y Mitsubishi Caterpillar Forklift Europe BV v Duma Forklifts NV and G.S. International BVBA*, caso C-129/17, ECLI:EU:C:2018:594, apartados 33 y 34.

sobre una o varias de estas funciones adicionales¹¹². Y es aquí en donde se encuentra el elemento central criticable desde el punto de vista doctrinal: el TJUE, en su muy amplia definición del *ius prohibendi* del titular de la marca, concluye hipotéticamente que las funciones de la marca pueden menoscabarse, lo que apunta directamente hacia la infracción de los derechos de AUDI por parte de las actividades comerciales de GQ, lo que acaba arrojando un resultado paradójico, cuando no contraproducente.

38. En el caso que nos ocupa, parece claro que la potencial violación de los derechos de la marca de AUDI se puede clasificar como un caso de doble identidad, ya que ambos operadores económicos comercializan productos idénticos, ya sea en el mercado primario o en un mercado secundario (las concernidas piezas de recambio) y el signo es idéntico, ya que GQ ponía a la venta, precisamente, piezas de recambio con un elemento destinado a fijar el emblema de AUDI (que replica en sus términos exactos la marca registrada). Por tanto, el marco jurídico aplicable sería, en nuestra opinión, el consagrado en el artículo 9.2.a) del RMUE, según el cual el titular de la marca, en ejercicio de sus derechos exclusivos, puede prohibir que terceros, sin su consentimiento, usen en el tráfico económico cualquier signo, en relación con productos o servicios, cuando el signo sea idéntico a la marca de la Unión y se utilice en relación con productos o servicios idénticos a aquellos para los que la marca de la Unión esté registrada. En caso de que el criterio de la doble identidad entre el signo distintivo y los servicios o productos para los que se designa no fuese total, entraría en juego el riesgo de confusión, en los términos previstos en la letra b) de dicho artículo 9.2 RMUE. Es a través de este mecanismo bifronte que el derecho de marca permite a su titular proteger intereses económicos específicos, y para ello puede oponerse a los usos del signo protegido por parte de terceros, siempre que se puedan menoscabar sus ya mencionadas funciones. Como se ha expuesto anteriormente, el signo es fundamentalmente un mecanismo que sirve de puente psicológico entre el empresario, el producto y el consumidor una vez colocado en un tipo determinado de producto o servicio¹¹³, por lo que su requisito esencial, sostiene la Abogada General Medina, es “*su carácter distintivo y autónomo en relación con el producto que designa...para concluir que un elemento de un producto funciona como un signo, debe ser percibido como independiente y distinto del propio producto*”¹¹⁴. Sea como fuere, las líneas jurisprudenciales del caso *L’Oréal* ya citado han hecho que deban tutelarse también el resto de funciones de la marca en el caso de conflictos basados en la doble identidad¹¹⁵. *Prima facie*, parecería claro que no puede haber mayor indicador del origen empresarial de un producto que el hecho de que presente la marca en el propio diseño del mismo. Pero, precisamente, ese hecho es el que nos lleva a realizar un análisis contraintuitivo, poniendo en juego este hecho incontestable con otros elementos jurídicos de relevancia, a fin de entender en su contexto el uso del signo y determinar la presencia o ausencia de infracción.

39. Parece claro que, en tanto se pone de manifiesto en los hechos del caso, GQ es un empresario individual, lo que confirma el requisito de uso del signo en el tráfico económico. Esto, sumado a la identidad entre el signo protegido como marca y el signo potencialmente infractor, parece que está fuera de toda duda. Igualmente, el signo está siendo, de una manera o de otra, usado, en el sentido de la jurisprudencia consolidada del TJUE, que entiende que existe uso cuando se encuentra presente en las circunstancias del caso “*un comportamiento activo y un dominio, directo o indirecto, del acto que constituye el uso*”¹¹⁶. Por tanto, la clave para determinar si ha habido infracción del derecho de marca de AUDI se ubica en la evaluación que se haga del uso que GQ hace del signo y, en particular, si dicho uso se hace, o no, a título de marca, es decir, con el fin esencial de indicar el origen empresarial de los productos marcados, en este caso, las rejillas del radiador de los modelos de vehículos AUDI antiguos.

¹¹² A. KUR, “Trademark functions ...”, p. 171.

¹¹³ C. FERNÁNDEZ NÓVOA/ J.M. OTERO LASTRES / M. BOTANA AGRA, *Manual de la propiedad*, pp. 487-488.

¹¹⁴ Conclusiones de la Abogada General Medina de 21 de septiembre de 2023, *AUDI AG contra GQ*, asunto C-334/22, ECLI:EU:C:2023:700), párrafo 27.

¹¹⁵ R. GARCÍA PÉREZ, “Del uso de marca a la aplicación funcional del Derecho de marcas (o sobre cómo aplicar el derecho de marcas de manera conforme con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, Parte I)”, *Cuadernos de Derecho Privado*, núm. 6, p. 59.

¹¹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de abril de 2020, *Coty Germany GmbH contra Amazon Services Europe Sàrl, Amazon Europe Core Sàrl, Amazon FC Graben GmbH y Amazon EU Sàrl*, C-567/18, ECLI:EU:C:2020:267, apartado 37.

La respuesta negativa no excluye *prima facie* la infracción del derecho de marca del titular en tanto, como se ha visto, debe analizarse igualmente si el uso del signo por parte de GQ podría menoscabar el resto de funciones que la marca está llamada a cumplir, algo aparentemente claro en términos teóricos pero siempre difícil de discernir en la práctica¹¹⁷.

40. ¿Menoscaba el uso del signo, en los términos descritos, alguna o varias de las funciones de la marca, ya sea su función esencial de indicar el origen empresarial de la rejilla del radiador, o alguna de las funciones de garantía de la calidad del producto, de inversión o publicidad? En el caso de autos, el signo, materializado en un dispositivo que permite la fijación del emblema de AUDI, incide sin duda en la apariencia del producto (la rejilla del radiador) y es perceptible por parte del consumidor medio de tales piezas de recambio, pero se presenta de forma meramente técnica, ya que no pretende informar de nada a los consumidores potenciales en relación con el origen empresarial de la pieza, ni sobre su calidad, ni tiene por objetivo aprovechar la reputación de AUDI mediante el uso de su marca registrada en la publicidad. Sencillamente, su presencia viene impuesta por la necesidad de reproducir con exactitud la pieza de recambio con el fin de reproducir la apariencia inicial del producto. Es decir, cumplir con el carácter de pieza “*must-match*” que impone la normativa del diseño industrial a los competidores a fin de evitar la infracción de los derechos de diseño sobre la pieza original en la cláusula de reparación. Por tanto, el uso del signo en el tráfico económico en relación con el producto concernido tiene como función la de cumplir con el requisito legal (y jurisprudencial) de la completa identidad visual entre pieza original estropeada o dañada y pieza no original cuyo objetivo es la reparación, en definitiva¹¹⁸. Estamos ante un claro caso de un uso atípico por un tercero de un signo que un titular ha protegido como marca, que parece venir mandatado por una norma imperativa europea y en el que parece claro que, en primer lugar, no está en ningún caso vulnerando la función de indicación del origen empresarial y, en segundo lugar, no parece haber pruebas suficientes que sustenten que se estarían menoscabando el resto de funciones de la marca de AUDI. Sin menoscabo de estas funciones, no cabe hacer uso del *ius prohibendi*, incluso cuando se cumplan el resto de condiciones, como el TJUE ha declarado en ocasiones al intervenir en otros conflictos relacionados con la reparación en el ámbito automovilístico y aplicar específicamente su jurisprudencia¹¹⁹. En términos sencillos, no se puede obligar a que el operador económico se vea forzado a que elija entre vulnerar una normativa u otra.

41. Y todo ello porque, para entender la potencial vulneración de los derechos conferidos por la marca mediante el menoscabo de alguna o varias de sus funciones, ha de hacerse referencia al impacto que tal uso podría tener en el consumidor de dichos productos. Aunque ante supuestas infracciones de los derechos de marca en circunstancias de doble identidad no debe apreciarse en sí mismo el riesgo de confusión de los consumidores, una aproximación equilibrada a las infracciones marcarias implica que demostrar el menoscabo de las funciones de la marca debe probarse necesariamente respecto de los consumidores, ya que es en relación a estos consumidores medios donde el signo despliega sus efectos y, por tanto, la marca está llamada a cumplir sus funciones. La concurrencia de la doble identidad no puede entenderse como una vulneración automática de los derechos del titular marcario: como el propio TJUE ha reconocido en el célebre caso *Adam Opel*, la función indicativa del origen no sufre menoscabo si el público pertinente (el consumidor medio) no percibe que, mediante la presencia del signo idéntico, los productos controvertidos proceden de la empresa titular de la marca o de una relacionada económicamente con esta¹²⁰. De acuerdo con muy asentada jurisprudencia, ese consumidor medio (siempre una

¹¹⁷ V. BONOMO / P. MAGNANI, “Non-distinctive uses of a trademark: the CJEU’s “function theory” (and its adoption by Italian Courts) - Future prospects in light of EU Trademark Law”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 53, p. 687.

¹¹⁸ Sentencia de 20 de diciembre de 2017, *Acacia Srl v Pnuegarda Srl and AUDI AG and Acacia Srl and Rolando D’Amato v Dr. Ing. h.c.F. Porsche AG*, C-397/16 and C-435/16, ECLI:EU:C:2017:992, apartado 75.

¹¹⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de marzo de 2016, *Daimler AG y Együd Garage Gépjárműjavító és Értékesítő Kft.*, C-179/15, ECLI:EU:C:2016:134, apartado 26.

¹²⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de enero de 2007, *Adam Opel AG contra Autec AG*, C-48/05, ECLI:EU:C:2007:55, apartados 23 a 25.

ficción jurídica) está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz. Ha de tenerse en cuenta, asimismo, el grado de atención que prestan y las condiciones de comercialización del producto. Un análisis adecuado y ponderado de los efectos que despliega la marca, en relación con la utilización que por parte de terceros se haga de signos pertenecientes a otros titulares, requiere que se atienda también a las prácticas del sector de que se trata y a las costumbres que los consumidores tienen en dicho sector, en aplicación, *mutatis mutandis*, de la doctrina que el TJUE ha desplegado en el reciente caso *Soda-Club*¹²¹.

42. Por tanto, considerando todas estas pautas, es necesario llevar a cabo un ejercicio de abstracción para entender cómo el consumidor medio se relaciona con el producto concernido (las rejillas del radiador no originales, cuyo fin es la reparación del producto complejo, un coche AUDI). Por suerte, se da la circunstancia de que dicho ejercicio tiene un carácter fáctico y ha sido ya llevado a cabo por la jurisprudencia europea: en su Sentencia recaída en el caso *MAN Truck & Bus contra EUIPO*, el Tribunal General confirmó, muy elocuentemente, que las piezas de recambio se utilizan con el fin de que

*“motores o máquinas sigan funcionando o sean mantenidas... estos bienes son generalmente técnicamente complejos y caros. En tanto [las piezas de reparación] están destinadas a usarse en conexión con esos bienes [técnicamente complejos y caros], el público relevante prestará particular atención cuando las adquieran... incluso si el precio de las piezas de recambio pudiera ser relativamente modesto, el público relevante tendrá un nivel de atención superior a la media”*¹²².

En el caso concreto que estamos analizando, tal y como se pone de manifiesto en los antecedentes de hecho, GQ comercializa las piezas de recambio concernidas “principalmente a distribuidores”, por lo que, siguiendo la regla pergeñada por el propio Tribunal, según la cual a mayor capacidad de atención del consumidor medio del público pertinente, menor probabilidad para que la marca incurra en riesgo de confusión, la posibilidad del menoscabo a la función esencial de la marca es considerablemente baja, prácticamente inexistente. En nuestra opinión, además, esta posibilidad teórica de la vulneración de la función indicativa del origen empresarial de la rejilla del radiador respecto del adquiriente tendrá menos sentido de aquí en adelante, en tanto la reforma del RDC y de la DD, tal y como se ha explicado anteriormente, ha incorporado una serie de obligaciones de información y transparencia sobre el origen comercial y la identidad del fabricante de la pieza de recambio, que deben cumplirse mediante indicaciones claras y visibles en el producto con el fin de que los consumidores puedan elegir con conocimiento de causa entre los productos competidores¹²³. Esto pondrá expresamente de manifiesto su carácter no original, en el sentido de no provenir del fabricante original y, con ello, no podrá haber duda sobre su origen empresarial, ni siquiera ante un supuesto como el que se ventila en el presente asunto. Es decir, el hecho de que el signo esté presente en el producto mismo no querrá decir, para los consumidores de las piezas de recambio, que provengan del fabricante original.

43. Partiendo de la base de que no se vulneraría la función esencial de la marca, ¿qué ocurre con el resto de funciones de la marca en el caso que nos concierne? El TJUE se limita a hacer un repaso de su jurisprudencia en lo concerniente a la protección de dichas funciones, sin valorar determinados elementos que son clave para entender la forma específica en la que el signo se utiliza en este caso concreto: separándose de manera absoluta de las conclusiones de la Abogada General Medina (y podría decirse que de determinados precedentes jurisprudenciales propios), el TJUE indica, sorprendentemente, que el hecho de que el signo se dedique a un elemento de una pieza de recambio y, por tanto, su presencia tenga una potencial finalidad técnica, no reviste importancia para declarar la posibilidad del menoscabo de alguna de las funciones de la marca¹²⁴. La hipótesis del TJUE no es fácil de corroborar

¹²¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de octubre de 2022, *Soda-Club (CO2) SA, SodaStream International BV contra MySoda OY*, C-197/21, ECLI:EU:C:2022:834, apartado 48.

¹²² Sentencia del Tribunal General de 12 de julio de 2019, *MAN Truck & Bus AG contra EUIPO y Halla Holdings Corp.*, asunto T-792/17, ECLI:EU:T:2019:533, apartado 42.

¹²³ Art. 20 bis b) RDC, art. 19. 3 DD.

¹²⁴ M. CERNADAS LÁZARE, “La comercialización de piezas de recambio y las funciones de la marca: Sentencia del Tribunal

a partir de la lectura de su argumentación, que más bien parece tener una mera intención propedéutica. Al fin y al cabo, la determinación de la infracción marcaria corresponde al órgano judicial remitente, ya que no es competencia del TJUE, en el seno del procedimiento de la cuestión prejudicial, determinar el carácter infractor de un determinado comportamiento en un litigio concreto, sino, en los términos del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, dar criterios interpretativos sobre la normativa europea, particularmente en relación con el derecho originario. Pero es igualmente cierto que el TJUE podría haber interpretado los conceptos jurídicos relevantes del caso, como es el menoscabo de las funciones de la marca, de una manera diferente, ya que caben diferentes posibilidades, como venimos argumentando y veremos a continuación. Y todo ello porque, por ejemplo, la función de calidad que la marca desempeña no juega un papel en este caso, ya que los compradores de las piezas de recambio (especialmente en el caso de coches antiguos) son conscientes de que la pieza correspondiente puede provenir de un fabricante que no se corresponda con el del modelo de vehículo original precisamente como consecuencia de las propias dinámicas de funcionamiento del mercado de los vehículos, y no debe olvidarse que la marca no es un instrumento jurídico para garantizar *per se* a ningún consumidor que el producto que tiene en sus manos es seguro o no. Para ello ya existe normativa específica y detallada sobre seguridad de los productos¹²⁵.

44. Por interesante que sea, no se analizarán en este momento ni la interpretación material ni la aplicación al caso que el TJUE realiza de la limitación de los derechos de marca que se recoge para el uso referencial del artículo 14.1 c) del RMUE. Hay numerosa doctrina relativa al asunto¹²⁶, así como copiosa jurisprudencia al respecto (en parte, razonablemente reciente¹²⁷). Pero eso no significa necesariamente aquiescencia con los razonamientos del TJUE. Sin entrar en el fondo del asunto, el recurso a una limitación de un derecho de marca, que permita que el uso del signo protegido como marca por parte de un tercero no devenga en infracción, no es necesario en este caso ya que, como se ha venido desarrollando con exhaustividad, de nuestro análisis jurídico se desprende necesariamente que AUDI no tiene derecho a impedir el uso del signo protegido en la manera en que lo utiliza GQ. Si no puede ejercitarse el derecho de exclusiva, no cabe confrontarlo con una limitación. Igualmente, por idéntico motivo, no se entrará a valorar si el análisis pudiera haber sido diferente de tenerse en cuenta el carácter renombrado de la marca AUDI (algo fuera de duda).

45. Al final, la clave parece situarse en seguir o no seguir una interpretación sistemática y teleológica que confronte los preceptos normativos pertinentes (y la muy rica jurisprudencia al respecto) con los elementos concretos del caso. Como pone de manifiesto la Abogada General Medina, cuando la normativa europea en materia de marcas converge con otras materias pertenecientes al (resto del) derecho de propiedad intelectual, las disposiciones del RMUE han sido interpretadas “*de manera que no se neutralicen los objetivos comunes a tales materias y que su cumplimiento íntegro esté garantizado, especialmente a fin de proteger un régimen de competencia no falseada en el mercado*”¹²⁸. Esta línea interpretativa, que puede elegirse o no por criterios de oportunidad, pero que resulta jurídicamente sólida, está presente en la doctrina del Tribunal, en muchos casos a través de opiniones que los Abogados Generales pronuncian en el seno de los procedimientos jurisdiccionales: por ejemplo, el Abogado General

de Justicia (Sala Cuarta) de 25 de enero de 2024, Asunto C-334/22 [AUDI VS GQ], *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, núm. 44, 2024, p. 447.

¹²⁵ Reglamento (UE) 2023/988 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 relativo a la seguridad general de los productos, por el que se modifican el Reglamento (UE) n° 1025/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 87/357/CEE del Consejo. Productos específicos tienen un régimen de seguridad más estricto, establecidos en normativa más específica que complementa a este reglamento.

¹²⁶ Recientemente, K. SZCZAPANOWSKA-KOZŁOWSKA, “Referential Use- A limitation or Expansion of the Right to a Trademark”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 56, 2025.

¹²⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de enero de 2024, *Industria del Diseño Textil, S.A. (Inditex) contra Buongiorno Myalert, S.A.*, C-361/22, ECLI:EU:C:2024:17.

¹²⁸ Conclusiones de la Abogada General Medina de 21 de septiembre de 2023, *AUDI AG contra GQ*, asunto C-334/22, ECLI:EU:C:2023:700, apartado 42.

Pitruzzella, en sus conclusiones presentadas en el ya citado caso *Soda-Club*, ha hecho una lectura de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (en materia de infracción marcaria y agotamiento del derecho de marcas en casos de reutilización de productos) según la cual se expone claramente que “*la protección de la propiedad intelectual no debe llevar a la legitimación de un mercado cautivo y, por tanto, de una competencia falseada*”¹²⁹. Estas ideas son tan sugerentes como atractivas y posibilitan, precisamente, interpretaciones alternativas al problema que se suscita en las circunstancias del caso. Esta interpretación encuentra precedentes en la propia jurisprudencia del TJUE al estudiar la integración armónica entre el derecho de marcas y otras ramas del acervo europeo en materia de propiedad intelectual e industrial. Citando el muy relevante precedente de la Sentencia del caso conocido como *Lego Juris*¹³⁰ (que denegó a la conocida compañía danesa de piezas de juguete para construcción la posibilidad de registrar como marca tridimensional una forma de uno de sus bloques básicos de construcción), en la que se recalcó que “*las reglas fijadas por el legislador reflejan... la ponderación de dos consideraciones que pueden, cada una de ellas, contribuir a la realización de un sistema de competencia sana y leal*”¹³¹, la Abogada General continúa argumentando sobre la existencia de posiciones que el TJUE ha sostenido para “*interpretar materias relacionadas con el derecho de propiedad [industrial e] intelectual de manera coherente y viable, evitando la creación de monopolios y protegiendo el interés de los consumidores de acceder a productos y servicios provenientes de un amplio elenco de fuentes*”¹³².

46. El entendimiento contrario genera, precisamente, un resultado paradójico: con la interpretación del TJUE en esta Sentencia, se ha abierto una puerta a la pérdida de efectividad de la cláusula de la reparación gracias a una interpretación excesivamente amplia del *ius prohibendi* marcario, en tanto podría darse un escenario hipotético en el cual, a fin de evitar la competencia que la cláusula de reparación está dirigida a introducir en el mercado de las piezas de recambio, bastaría con que los titulares de los diseños concernidos fijasen la marca bajo la cual se comercializan dichos vehículos en todas y cada una de las piezas que, de acuerdo con los contornos que ya hemos señalado *ut supra*, pudiesen comprenderse bajo el paraguas material de dicha cláusula. Esto haría que la efectividad de la cláusula de reparación se evaporase completamente al impedir la posibilidad material de su despliegue y, con ella, su contribución al derecho a la reparación. No es cuestión de dilucidar si esa posibilidad es viable en términos de mercado o de estrategias empresariales, si no, sencillamente, si es jurídicamente posible, y sí lo es.

47. En la práctica, como puede entenderse, el fallo del TJUE presenta una interpretación muy favorable a los intereses de los titulares de las marcas, y su principal resultado tangible es que se deja la puerta abierta a muy diferentes interpretaciones y, por tanto, a una diversidad de aplicaciones forenses al caso concreto. Basten dos ejemplos: con carácter previo al asunto que se ha analizado, el Tribunal Federal de Justicia de Alemania consideró (en 2019) que un uso de un signo en circunstancias análogas era un comportamiento infractor de una marca de un tercero¹³³, mientras que el Tribunal Regional de Varsovia, tras recibir la respuesta a las preguntas formuladas al TJUE en la Sentencia, a la luz de los elementos del caso, declaró en 2024 que no se menoscababan las funciones de la marca y, por tanto, no había infracción por parte del distribuidor de piezas de recambio GQ¹³⁴.

¹²⁹ Conclusiones del Abogado General Pitruzzella de 12 de mayo de 2022, *Soda-Club (CO2) SA, SodaStream International BV contra MySoda OY*, C-197/21, ECLI:EU:C:2022:387, apartado 31.

¹³⁰ Sentencia de 14 de septiembre de 2010, *Lego Juris A/S contra OAMI y Mega Brands Inc.*, C-48/09 P, ECLI:EU:C:2010:516.

¹³¹ Sentencia de 14 de septiembre de 2010, *Lego Juris A/S contra OAMI y Mega Brands Inc.*, C-48/09 P, ECLI:EU:C:2010:516, apartado 44.

¹³² Conclusiones de la Abogada General Medina de 21 de septiembre de 2023, *AUDI AG contra GQ*, asunto C-334/22, ECLI:EU:C:2023:700, apartado 43.

¹³³ L. ZELECHOWSKI, “Non-original car spare parts and trade mark infringement: is there room for referential use? The AG Opinion in C-334/22 AUDI”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 18, núm. 12, p. 843.

¹³⁴ De acuerdo con lo publicado en la web de uno de los abogados representantes de GQ, Szymon Karpierz, la Sentencia nacional fue dictada el 18 de junio de 2024, y era susceptible de recurso. “*Wyrok SO w Warszawie z dnia 18 czerwca 2024 w sprawie części zamiennych - komunikat*” en <https://skubisz.pl/wyrok-z-dnia-18-czerwca-2024/> (consultado el 13 de diciembre de 2025).

IV. Conclusión

48. La lectura sistemática de la Sentencia, integrada con el resto de normativa en materia de propiedad industrial e intelectual del acervo europeo y con las opiniones de la Abogada General en el caso, muestra una línea interpretativa que va en contra de recientes decisiones expresas de los legisladores europeos, que han marcado claramente una tendencia hacia la liberalización del mercado secundario de piezas de recambio al adoptar, no sin dificultades, la cláusula de reparación. Se ha apuntado certeramente que no parece viable *a fortiori* interpretar la amplitud de los derechos atribuidos al titular de la marca de tal manera que se impida que la pieza de recambio pueda llegar (legítimamente) al mercado¹³⁵. Esta interpretación del Tribunal presenta un cariz marcadamente anti-competitivo y supone un obstáculo de primer nivel no solo para el paradigma de la economía circular y la extensión del desarrollo del derecho a la reparación, sino, en particular, para las actividades y servicios de reparación. Lamentablemente, y aunque se han señalado a lo largo del artículo diversas sentencias que muestran que en ocasiones el TJUE o el Tribunal General han adoptado soluciones distintas, aun confrontados con el mismo ordenamiento jurídico, interpretando de manera más abierta y armónica determinados preceptos normativos, el principal problema de las líneas del fallo que hemos analizado en profundidad es, precisamente, que se inserta en una amplia lista de decisiones previas de cariz anti-competitivo.

49. Apuntando en idéntico sentido, pero con muy diferentes elementos de hechos y de derecho, merece la pena llamar la atención sobre otra reciente Sentencia del Tribunal General, recaída en el asunto Volvo contra EUIPO, que supone una nueva dentellada a la cláusula de reparación y una vuelta de tuerca a la línea jurisprudencial analizada¹³⁶: la gran empresa automovilística de Suecia consiguió que la Sala Séptima de dicho Tribunal General estimase sus pretensiones y anulase una previa decisión de la Quinta Sala de Recurso de la EUIPO, por la cual se denegó el registro de una marca tridimensional con la forma de los faros de un determinado modelo de vehículo Volvo por no considerarse suficientemente distintiva, a la luz del motivo de denegación absoluto de registro contemplado en el artículo 7.1.b) del RMUE. Para ello, el Tribunal General recurrió a una criticable jurisprudencia precedente¹³⁷, en el sentido de que aquella marca (incluyendo las tridimensionales) que se separe de la norma o de los elementos habituales presentes en el sector de los productos o servicios concernidos de manera significativa, no podrá considerarse como carente carácter distintivo¹³⁸. La aplicación de dicha doctrina a los hechos del caso tiene como consecuencia que el modelo de faros objeto de controversia es apto para ser registrado como marca¹³⁹, en tanto presenta una parte diferenciadora en forma de “Y” apaisada, que, a los ojos expertos, permite que pueda reconocerse tanto en la oscuridad como durante el día por los consumidores medios. Por tanto, el diseño de dicho faro es apto, en tanto signo tridimensional, para ser registrado como marca por haber superado un muy bajo umbral de distintividad.

50. Esta interpretación otorga, por tanto, una protección potencialmente infinita a un faro de un vehículo en tanto presente unas determinadas características (fundamentalmente técnicas o estéticas). Y esto es preocupante en sí mismo: los faros delanteros de un vehículo son componentes de un producto complejo que influyen decisivamente sobre la forma del producto (como reconoce el propio Tribunal General en la Sentencia), lo que los califica automáticamente como piezas “*must-match*”. A mayor abundamiento, incluso dentro del conjunto de piezas que pueden ser calificadas de este modo, hay que

¹³⁵ A. KUR, “Die Grenzen des freien Ersatzteilmarktes- Desing-und Markenschutz im Widerstreit?” en *Wettbewerb in Recht und Praxis*, Vol. 35, núm. 3, p. 299.

¹³⁶ Sentencia del Tribunal General de 26 de junio de 2024, *Volvo Personvagnar AB contra Office de l’Union européenne pour la propriété intellectuelle (EUIPO)*, T-260/23, ECLI:EU:T:2024:421.

¹³⁷ Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 27 de febrero de 2002, *Eurocool Logistik GmbH contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI)*, T-34/00, ECLI:EU:T:2002:41 y, especialmente, de 6 de marzo de 2003, *Daimler-Chrysler Corporation contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI)*, T-128/01, ECLI:EU:T:2003:62.

¹³⁸ Sentencia del Tribunal General de 26 de junio de 2024, *Volvo Personvagnar AB contra Office de l’Union européenne pour la propriété intellectuelle (EUIPO)*, T-260/23, ECLI:EU:T:2024:421, apartado 33.

¹³⁹ Sentencia del Tribunal General de 26 de junio de 2024, *Volvo Personvagnar AB contra Office de l’Union européenne pour la propriété intellectuelle (EUIPO)*, T-260/23, ECLI:EU:T:2024:421, apartado 38.

considerar un elemento fáctico: dada su posición en el vehículo, los faros sufren particularmente en los accidentes automovilísticos (en colisiones frontales o tangenciales). Pero, al haberse protegido como marca, no podrán quedar sometidos al régimen jurídico particular de la cláusula de reparación. Esto es, los competidores no podrán producir legítimamente dicha pieza de recambio, salvo autorización expresa del fabricante original, Volvo, lo que muestra una clara captura de una parte del mercado secundario. Pero también es preocupante *in abstracto*, ya que idéntico razonamiento podría aplicarse al resto de piezas de la carrocería de un vehículo, o a cualquier componente visible de un producto complejo.

51. Todas estas vías de protección de los activos intangibles del sector de la automoción son perfectamente legales y, dentro del amplio marco del acervo europeo en materia de derechos de propiedad intelectual e industrial, encuentran acomodo y respaldo en la jurisprudencia. Al fin y al cabo, no se puede culpar a los titulares de derechos por intentar maximizar sus posiciones en el mercado como consecuencia de los derechos de exclusiva, ya que eso se traduce también en una maximización de ingresos. Pero lo que posiblemente muestran estas decisiones judiciales es la existencia de refinadas y proactivas estrategias de protección *ex ante*, basadas en aprovechar al máximo la concurrencia de derechos de propiedad industrial e intelectual sobre el objeto para esquivar la limitación a los derechos de los titulares de diseños registrados sobre las piezas originales que supone la cláusula de reparación, todo ello con un movimiento en dos pasos: 1- introducir modificaciones en determinadas piezas del vehículo para que se separen (lo suficiente) de las prácticas habituales del sector y, con ello, sean susceptibles de ser registradas como marca tridimensional y 2- en aquellos casos en los que ello no sea posible, fijar un signo previamente registrado como marca, de mayor o menor tamaño, al diseño correspondiente, para que este derecho de marca, al superponerse al diseño, agote las posibilidades que los competidores tienen para producir dichas piezas de recambio idénticas, al amparo de la cláusula de reparación. Como hemos analizado en detalle en otro lugar, incluso cabría un tercer paso, mucho más complejo en apariencia pero igualmente posible en las circunstancias adecuadas: buscar la protección de la correspondiente pieza de recambio bajo el marco normativo que disciplina los derechos de autor, en caso de que el titular sea capaz de probar que en el diseño de su forma se han dado decisiones libres y creativas que muestran la impronta personal del autor, pudiendo por tanto la pieza original devenir obra, con todas las consecuencias jurídicas que ello podría conllevar¹⁴⁰. Y esto no es el resultado de una disquisición teórica: la Corte de Apelaciones de Mons (Bélgica) ya declaró en 2011, mediante sentencia, que determinadas piezas de la carrocería de vehículos de las conocidas empresas Citroën y Peugeot podrían acogerse a la protección de los derechos de autor¹⁴¹.

52. Cabe plantearse que, además, estas doctrinas jurisprudenciales no solo muestran una determinada pauta de actuación previa, sino que, además, tienen a validarla hacia el futuro, en tanto sientan una interpretación que los operadores jurídicos pueden aprovechar, aceptar o contra la que deben luchar (intensamente) para cambiar. Una muestra muy reciente del alcance de esta doctrina es la Decisión de la Primera Sala de Recurso de la EUIPO de 7 de abril de 2025 (caso R 2316/2024-1), por el cual se anuló la decisión de la primera instancia de dicha Oficina y se aceptó el registro de una marca figurativa solicitada por Mercedes-Benz el 5 de septiembre de 2023, para las Clases 12 (vehículos y partes de vehículos) y 28 (juegos y juguetes) de la clasificación de Niza, consistente precisamente en la forma estilizada de la rejilla del radiador de uno de sus modelos de vehículo, dado que presenta un mínimo grado de carácter distintivo, en aplicación de la jurisprudencia del Tribunal General. La tendencia, por tanto, parece haber venido para quedarse en la práctica del sector automovilístico al respecto.

53. Como ya se ha dicho, el derecho de marcas constituye un elemento esencial para el sistema de competencia en la Unión Europea, un principio cuya presencia es constante en la jurisprudencia del TJUE¹⁴². Pero parece claro que hay elementos en el sistema que, por insuficiencias regulatorias o

¹⁴⁰ J. A. GIL CELEDONIO, “Did copyright kill the repair clause?...”, p. 434.

¹⁴¹ J. CABAY, “L’originalité, entre merger doctrine et multiplicité des formes (ou : Quand la Cour de justice fait l’expérience de l’équilibre sur un vélo pliable)”, *Revue de Droit Intellectuel. L’ingénieur-Conseil*, vol. 3, 2020, p. 627

¹⁴² SSTJUE recaídas en los Asuntos C-517/99, ECLI:EU:C:2001:510, C-206/01, ECLI:EU:C:2002:651 o C-412/05, ECLI:EU:C:2007:252.

lagunas jurídicas, permiten que tengan lugar resultados contradictorios. Además, como se ha expuesto en detalle, las respuestas jurisprudenciales no son unívocas. Por ello es necesaria una reflexión de carácter sistémico, ya que los diferentes pilares del sistema de protección de la propiedad intelectual e industrial en la Unión están interconectados y, en consecuencia, se ha demostrado que decisiones legislativas, administrativas y jurisdiccionales tomadas respecto de un derecho comprendido bajo uno de estos pilares tiene efectos en el resto¹⁴³. Solventar un problema de esta naturaleza, que es consecuencia de desajustes entre los ámbitos de protección perseguidos por cada cuerpo jurídico y sus respectivas excepciones y limitaciones¹⁴⁴, no parece poder conseguirse con medidas *de lege lata*. Por el contrario, solo puede conseguirse a través de cambios regulatorios resultantes del correspondiente procedimiento legislativo europeo. El TJUE acierta al declarar, desde el prisma de la seguridad jurídica, que la cláusula de reparación, tal y como la acogen ahora el RDC y la DD, no es exportable a otras piezas legislativas. Pero evitar una neutralización de la cláusula de reparación, que surge como una consecuencia indeseada del más que deseable principio de acumulación de protecciones o del fenómeno de la concurrencia de protecciones sobre el mismo objeto, requiere de intervenciones precisas: para ello, deberían introducirse las correspondientes limitaciones en los catálogos ya existentes en el RMUE y la DM, cuya redacción se solapase con el contenido material negociado y cristalizado en la cláusula de reparación de la DD y del RDC, para que así haya consistencia entre estos regímenes jurídicos y la sobreprotección no tenga consecuencias perjudiciales para el sistema en su conjunto. Dichas disposiciones, cuya incorporación podría ser igualmente necesaria en el acervo europeo en materia de derechos de autor y derechos conexos, deberían redactarse con un lenguaje orientado a conseguir esta finalidad de modo que sea duradero en el tiempo, amoldándose a potenciales desarrollos tecnológicos y cambios en el mercado¹⁴⁵. A fin de evitar los problemas observados con la ya mencionada cláusula del artículo 5.3 l) de la Directiva *Infosoc*, dicha limitación debería introducirse con carácter obligatorio para todas las partes concernidas, es decir, tanto en los reglamentos como en aquellas directivas donde se considerase necesario, siempre en atención de las peculiaridades de cada derecho de propiedad intelectual e industrial. En el caso de la normativa marcaria, esto podría hacerse de manera específica introduciendo quirúrgicamente una limitación en los artículos 14.1 del RMUE y de la DD, siempre sometida a la conformidad con las prácticas leales en materia industrial o comercial, para aquellos casos en los que se reproduzca la marca en tanto elemento de la pieza de recambio, solamente mediando circunstancias de reparación¹⁴⁶, ya que, ciertamente, esta utilización específica de la marca que hemos analizado va más allá del más estudiado uso referencial.

54. Esta enmienda específica vendría a funcionar como una válvula de seguridad destinada a evitar bloqueos indebidos de la cláusula de reparación, en tanto manifestación específica del derecho a la reparación. Se conseguiría así un efecto material de horizontalidad, que, a su vez, vendría a cumplir con las restricciones impuestas por la doctrina marcada por el TJUE desde *Ford v. Wheeltrims*, ya que no es posible una aplicación formal de la cláusula de reparación o una disposición con similares efectos si no es adoptada e introducida, en paralelo, en aquellas normativas que así lo requieran. La misma mayoría política que confirmó ampliamente la adopción de la cláusula de reparación en la normativa que gobierna la protección del diseño sigue vigente, por lo que no parece arriesgado concluir diciendo que estas modificaciones, claramente delimitadas, no serían más que la culminación de esa apuesta por favorecer la competencia en el mercado secundario de piezas de recambio de vehículos y, con ello, contribuir al despliegue del derecho a la reparación en la Unión Europea.

¹⁴³ J. SCHOVSBO / S. TEILMANN-LOCK, “We wanted more Arne Jacobsen Chairs but all we got was boxes- experiences from the protection of designs in Scandinavia from 1970 till the Directive”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 47, 2016, p. 434.

¹⁴⁴ P. MEZEI / H. HÄRKONEN, “A primer to intellectual property law and Upcycling”, 2025, pp. 23 y 24 disponible en <https://ssrn.com/abstract=5298352>

¹⁴⁵ C. SGANGA, “The past, present and future of EU Copyright flexibilities”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 55 p. 29.

¹⁴⁶ A. TISCHNER / K. STASIUK, “Spare parts, repairs, trademarks...”, p. 27.

Pérdida de la carga, legitimación del remitente y carga de la prueba

Loss of cargo, shipper's standing and burden of proof

FRANCESCO GIORDANO

Estudiante de doctorado en Ciencias Políticas y Jurídicas

Universidad de Messina

Recibido: 15.12.2025 / Aceptado: 20.01.2026

DOI: 10.20318/cdt.2026.10291

Resumen: El presente trabajo analiza el tema de la pérdida de la carga en el contrato de transporte de mercancías, con especial atención a la legitimación activa del remitente y a la carga de la prueba a cargo del transportista. A través del examen de las sentencias Cass. civ., Sez. I, de 14 de mayo de 2018, nº 11723, y Cass. civ., Sez. III, de 16 de septiembre de 2025, nº 25290, se propone una reinterpretación sistemática de la responsabilidad del transportista. Se abordan los criterios doctrinales y jurisprudenciales que determinan la titularidad del derecho a reclamar en caso de pérdida o daño de la mercancía, así como los principios que rigen la distribución de la carga probatoria. El estudio se completa con una perspectiva comparada, especialmente con el derecho internacional y la jurisprudencia española, destacando las convergencias normativas en torno a la responsabilidad objetiva del transportista y a la centralidad de la documentación del transporte.

Palabras clave: transporte, Pérdida de la carga, Legitimación activa, Carga de la prueba, Responsabilidad del transportista, Contrato de transporte.

Abstract: This article analyzes the issue of cargo loss in the context of goods transport contracts, with particular focus on the shipper's active standing and the burden of proof placed on the carrier. Through the examination of two rulings by the Italian Supreme Court (Cass. civ., Sez. I, May 14, 2018, no. 11723, and Cass. civ., Sez. III, September 16, 2025, no. 25290), a systematic reinterpretation of carrier liability is proposed. The study explores doctrinal and jurisprudential criteria that define who is entitled to claim damages in case of cargo loss or damage, as well as the principles governing the distribution of evidentiary burdens. A comparative perspective with international law and Spanish jurisprudence highlights a normative convergence around the objective liability of the carrier and the centrality of transport documentation.

Keywords: transport, Cargo loss, Active standing, Burden of proof, Carrier liability, Transport contract.

Sumario: I. Introducción. II. Marco normativo y sistemático del transporte de mercancías. III. La legitimación del remitente: aspectos teóricos y prácticos. IV. La carga de la prueba en la responsabilidad del transportista. V. Análisis de la sentencia del Tribunal de Casación Civil, Sección I, 14 de mayo de 2018, nº 11723. VI. Análisis de la sentencia del Tribunal de Casación Civil, Sección III, 16 de septiembre de 2025, nº 25290. VII. Aspectos críticos y propuestas interpretativas. VIII. Conclusiones.

I. Introducción

1. El contrato de transporte de mercancías representa una de las estructuras fundamentales del derecho contractual, siendo una garantía de la eficiencia de los intercambios comerciales y del funcionamiento del mercado¹.

2. La creciente globalización de los intercambios ha puesto aún más de manifiesto la centralidad de la regulación jurídica del transporte, imponiendo una reflexión constante sobre su evolución normativa y jurisprudencial.

3. En este contexto, uno de los aspectos más críticos y debatidos es la pérdida de la carga, entendida como la no entrega, destrucción o extravío de la mercancía durante el trayecto, y las consecuencias que ello conlleva en términos de responsabilidad, legitimación para actuar y distribución de la carga de la prueba².

4. Los problemas que surgen ante la pérdida de la carga no son solo teóricos, sino que se traducen en complejos litigios judiciales, en los que se entrelazan aspectos de derecho sustantivo y procesal. Entre ellos, adquiere particular relevancia el tema de la legitimación activa: ¿quién, entre el remitente y el destinatario, puede actuar contra el transportista para obtener la indemnización por daños?

5. Esta cuestión está estrechamente ligada a la función económica de las partes en el contrato y a la titularidad del interés sustancial lesionado. Desde esta perspectiva, la doctrina española ha señalado que “la presunción de responsabilidad del transportista debe interpretarse a la luz de la efectiva protección del interés del remitente o del destinatario, y no solo según la estructura formal del contrato”³.

6. A ello se suma la cuestión, no menos delicada, de la carga de la prueba: ¿qué elementos deben probarse para configurar la responsabilidad del transportista? Y, sobre todo, ¿a quién corresponde dicha

¹ “El contrato de transporte, cuando reúne elementos internacionales, debe entenderse como un vínculo plural que integra no solo la obligación de entrega sino también la tutela de los intereses de las partes frente al riesgo propio del tráfico internacional de mercancías”. A. L. CALVO CARAVACA - J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Granada: Comares, 2016, pp. 324325.

Cfr. ANTONINI, *Curso de Derecho de los Transportes*, Milán, 2008; CASANOVA-BRIGNARDELLO, *Derecho de los Transportes*, Milán, 2011; CARBONE S. M., *Contrato de transporte marítimo de mercancías*, Milán, 2010; ROMANELLI, *El transporte aéreo de personas*, Padua, 1959, p. 10. En el mismo sentido, IANNUZZI, *Libro cuarto de las obligaciones. Del transporte*, artículos 1678 - 1702, a cargo de SCIAJOLA - BRANCA, Bolonia - Roma, 1970, p. 5, quien, con referencia al art. 1678 del Código Civil italiano, observa que “el elemento que caracteriza el tipo contractual se identifica en la asunción de la obligación de trasladar personas o cosas. El contrato de transporte de personas y el contrato de transporte de cosas se identifican así como subespecies de un único tipo contractual”. Véase también, sobre el intento de unificación normativa, BERLINGIERI F., ZUNARELLI, ALVISI, “La nueva Convención UNCITRAL sobre el transporte internacional de mercancías ‘total o parcialmente por mar’ (Reglas de Rotterdam)”, en *Derecho Marítimo*, 2008, p. 1184 ss.; CARBONE S. M., *Contrato de transporte marítimo de mercancías*, Milán, 2010.

² Cfr. ABBATE, I., “Reflexiones sobre la naturaleza, el contenido y la distribución de la carga de la prueba en el contrato de transporte marítimo de mercancías”, en *Revista de Derecho de la Navegación*, 1971, I, p. 37; ANELLI, F., “Los daños por causa desconocida en el transporte marítimo de mercancías: modelos interpretativos y perfiles sistemáticos”, en *Revista Trimestral de Derecho Procesal Civil*, 1991, p. 1073; ANTONINI, A., *Tratado breve de Derecho Marítimo*, vol. II, Milán, 2008; ANTONINI, A., “Avarias comunes”, en *Diccionarios de Derecho Privado* (dirigidos por N. IRTI) - *Derecho de la Navegación* (coordinado por M. DEIANA), Milán, 2010; ARENA, A., *El conocimiento de embarque y otros títulos representativos del transporte*, Milán, 1951; ASARIOTIS, R., “Principales obligaciones y responsabilidad del cargador”, en *Transporterecht*, 2004, p. 284; AURITI, G., *El conocimiento de embarque*, Padua, 1957; BALESTRA, N., *El conocimiento de embarque en el transporte de carga y en el fletamento por viaje*, Milán, 1969; BERLINGIERI JR., F., *La regulación de la responsabilidad del transportista de mercancías*, Milán, 1978; BERLINGIERI JR., F., “La Convención de Bruselas del 25 de agosto de 1924 sobre el conocimiento de embarque y el proyecto de Convención UNCITRAL sobre el transporte de mercancías por mar: un análisis crítico comparado”, en *Derecho Marítimo*, 1977, p. 560.

³ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contrato de transporte y responsabilidad en el ámbito internacional”, in A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (a cura di), *Contratos internacionales*, Madrid, Colex, 2012, pp. 145-147.

prueba, a la luz de las presunciones de responsabilidad que el ordenamiento jurídico suele imponer al transportista?

II. Enfoque normativo y sistemático del transporte de mercancías.

7. El contrato de transporte de mercancías se configura como un acuerdo mediante el cual una parte, denominada transportista, se obliga a trasladar cosas de un lugar a otro, dentro de un plazo y a cambio de una remuneración, por cuenta de otra parte, que puede ser el remitente o el destinatario, dependiendo de la estructura contractual adoptada. La normativa de referencia, en el derecho italiano, se encuentra en los artículos 1678 y siguientes del Código Civil, a los que se suman normas especiales contenidas en el Código de Navegación, en la legislación especial sobre transportes, y en los convenios internacionales aplicables según el tipo de transporte (por carretera, marítimo, ferroviario o aéreo)⁴.

8. La figura se sitúa dentro de los contratos típicos con prestaciones recíprocas, en los que el transportista asume la obligación de ejecutar el transporte y, en caso de incumplimiento, responde conforme al régimen general de la responsabilidad contractual, salvo lo dispuesto en contrario por la normativa sectorial. En particular, el artículo 1681 del Código Civil establece que el transportista responde por la pérdida o avería de las cosas transportadas, a menos que pruebe que el daño provino de una causa no imputable a él. Esta disposición representa un claro ejemplo de inversión de la carga de la prueba, que se justifica por la necesidad de proteger a la parte débil del contrato y por la posición de control que el transportista ejerce sobre el bien durante el transporte.

9. La obligación principal del transportista es, por tanto, la entrega de la mercancía en el estado en que fue confiada, y su responsabilidad se extiende a cualquier hecho dañoso que ocurra durante el período en que tiene la posesión material de la carga. La pérdida del cargamento, en particular, representa uno de los supuestos más graves de incumplimiento, ya que determina la total frustración del interés del acreedor en la prestación⁵.

10. Desde el punto de vista subjetivo, el contrato de transporte involucra al menos tres figuras: el remitente, que entrega la mercancía; el transportista, que la traslada; y el destinatario, que la recibe. La determinación de quién está legitimado para actuar contra el transportista en caso de daño o pérdida de la mercancía depende de múltiples factores, entre ellos la titularidad del contrato, la posición jurídica respecto del bien, y la eventual transmisión de derechos mediante el documento de transporte (como el conocimiento de embarque o la carta de porte).

11. En el ámbito internacional, se aplican normas convencionales que a menudo derogan o complementan el derecho interno. Entre ellas, cabe destacar:

- la Convención CMR (Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera, Ginebra 1956), incorporado en Italia mediante la Ley n° 1621/1960⁶;

⁴ Sobre la tipicidad del contrato de transporte, véanse: ASQUINI, *Del contrato de transporte*, en *El Código de Comercio*, comentado y coordinado por BOLAFFIO, ROCCO, VIVANTE, vol. VI, Turín, 1935, p. 57; más recientemente, GRIGOLI, *El transporte*, en *Tratado de Derecho Privado*, dirigido por RESCIGNO, vol. XI, Turín, 2008, pp. 746 ss.

⁵ Cfr. ARENA, A., *El conocimiento de embarque y otros títulos representativos del transporte*, vol. I, Milán, 1951; ASQUINI, A., *Contrato de transporte*, en *Comentario al Código Civil*, dirigido por D'AMELIO y FINZI, vol. II, 1, Florencia, 1947; CARBONE, S. M., *Las reglas de responsabilidad del transportista marítimo: de La Haya a Hamburgo a través de la jurisprudencia italiana*, Milán, 1984; IACUANIELLO BRUGGI, M., PAOLUCCI, L. F., *El contrato de transporte*, en *Jurisprudencia sistemática civil y comercial*, Turín, 1979; IACUANIELLO BRUGGI, M., "Sobre el momento de la entrega al destinatario en el transporte", en *Giurisprudenza Italiana*, 1970, I, 1; LEFEBVRE D'OVIDIO, A., PESCATORE, G., TULLIO, L., *Manual de Derecho de la Navegación*, Milán, 2011.

⁶ Sobre la Convención CMR, véase: SILINGARDI, GABRIELE – RIGUZZI, MAURIZIO – GRAGNOLI, ENRICO, *Transporte internacional de mercancías por carretera y CMR*, Roma, 1989; SILINGARDI, GABRIELE – CORRADO, ALES-

- las Reglas de La Haya-Visby y la Convención de Hamburgo para el transporte marítimo⁷;
- la Convención de Varsovia y la Convención de Montreal para el transporte aéreo⁸.

12. Dichos convenios establecen, en general, una presunción de responsabilidad del transportista, acompañada de causas exoneratorias tipificadas y límites indemnizatorios predefinidos, pero dejan un amplio margen a los ordenamientos internos para determinar las reglas sobre la legitimación y la carga de la prueba en las relaciones internas.

13. Desde una perspectiva sistemática, es posible observar cómo el legislador, si bien no ha delineado una normativa unitaria para todos los tipos de transporte, ha querido reforzar la posición del acreedor de la prestación (normalmente, el remitente o el destinatario), estableciendo un régimen de responsabilidad agravada del transportista, en el cual las reglas sobre la carga de la prueba resultan fundamentales para la efectividad de la tutela indemnizatoria.

14. A la luz de lo anterior, resulta evidente cómo las cuestiones de legitimación activa y de distribución de la carga de la prueba asumen un papel central en la práctica judicial y requieren una interpretación sistemática coherente con los principios del derecho contractual y procesal. Es sobre estas premisas que se sitúa el análisis de las sentencias de la Corte de Casación objeto del presente estudio, cuyo examen detallado se llevará a cabo en los capítulos siguientes.

III. La legitimación del remitente: perfiles teóricos y aplicativos.

15. En el sistema contractual del transporte de mercancías, la cuestión de la legitimación activa para reclamar daños por pérdida o avería de la mercancía representa un punto central, en torno al cual se confrontan diferentes enfoques doctrinales y orientaciones jurisprudenciales a veces oscilantes. La dificultad proviene de la estructura trilateral de la relación contractual, que involucra al remitente, al transportista y al destinatario, y de la necesidad de identificar al sujeto que, en concreto, ostenta el derecho a hacer valer la responsabilidad del transportista.

16. La legitimación activa puede definirse como la facultad de actuar en juicio en calidad de titular de un derecho subjetivo, distinguiéndose de la titularidad sustancial del propio derecho⁹. En el

SANDRA – MEOTTI, ANNA MARIA – MORANDI, FRANCESCO, *La normativa uniforme del contrato de transporte de mercancías por carretera*, Turín, 1994; STORACE, *La competencia del Tribunal de Justicia en materia contenciosa*, Nápoles, 1970; TRACCI, ANDREA E., “Transportes bajo el régimen de la CMR: notas sobre la orientación de los jueces de primera instancia respecto a los requisitos de aplicabilidad del Convenio”, en *Derecho Marítimo*, 2011, p. 1301 ss.; TULLIO, LEOPOLDO, *Contrato de fletamento*, en *Tratado de Derecho Civil y Comercial*, vol. XIV, p. 454, Milán, 2006; TULLIO, LEOPOLDO, *Los contratos de charter party*, Padua, 1981.

⁷ A. BRUNETTI, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima e Interior*, Padua, 1947; S. M. CARBONE, *Contrato de transporte marítimo de mercancías*, en *Tratado de Derecho Civil y Comercial*, Milán, 1988, p. 130; S. M. CARBONE, “La aplicación en el ordenamiento italiano de los Protocolos de Visby y Bruselas sobre el conocimiento de embarque”, en *Revista de Derecho Internacional Privado y Procesal*, 1986, p. 789; S. M. CARBONE, *Contrato de transporte marítimo de mercancías*, en *Tratado de Derecho Civil y Comercial*, Milán, 2010; S. M. CARBONE, *El transporte marítimo de mercancías en el sistema de los transportes internacionales*, Milán, 1976; S. M. CARBONE, *Contrato de transporte marítimo*, en *Tratado de Derecho Civil y Comercial*, dirigido por A. CICU y F. MESSINEO, vol. XXVI, parte 2, tomo I, Milán, 1988; S. M. CARBONE, *La regulación jurídica del tráfico marítimo internacional*, Bolonia, 1982.

⁸ Cfr. COMENALE PINTO, M. M., “Reflexiones sobre la nueva Convención de Montreal de 1999 sobre el transporte aéreo”, en *derecho Marítimo*, 2000, p. 798; COMENALE PINTO, M. M., “Responsabilidad del transportista aéreo desde la Convención de Varsovia de 1929 hasta la Convención de Montreal de 1999”, en *Revista de Derecho Comercial*, 2002, p. 67; COMENALE PINTO, M. M., “La responsabilidad del transportista aéreo desde la Convención de Varsovia de 1929 hasta la Convención de Montreal de 1999”, en *Diritto e Storia*, 2003; COMENALE PINTO, M. M., “La nueva regulación del transporte aéreo internacional”, en *Derecho del Turismo*, 2004, p. 5; COMENALE PINTO, M. M., “La indemnización del daño psicológico: primer caso de aplicación de la Convención de Montreal de 1999”, en *Derecho del Turismo*, 2005, p. 51; COMENALE PINTO, M. M., “El paso marítimo entre el Código de Navegación, las convenciones no ratificadas y las perspectivas comunitarias”, en *Escritos en memoria de Vittorio Sgroi* (coord. por G. Giacobbe), Milán, 2008, p. 11.

⁹ La distinción entre legitimación para obrar y titularidad sustancial del derecho, aun cuando conceptualmente consoli-

contrato de transporte, dicha legitimación depende no solo de la celebración del contrato, sino también del régimen jurídico de la mercancía transportada y de la eventual transmisión de la documentación representativa de la carga (por ejemplo, conocimiento de embarque o carta de porte).

17. Tradicionalmente, la doctrina reconoce al remitente una posición central en el contrato de transporte, en tanto que sujeto que normalmente celebra el contrato y entrega la mercancía al transportista. Sin embargo, en el momento en que la mercancía se confía para su entrega al destinatario, pueden surgir dudas sobre la persistencia de la legitimación del remitente, especialmente en los casos en que la mercancía se pierde o daña durante el trayecto.

18. Según una primera postura, de carácter contractualista, la legitimación para actuar correspondería al contratante originario del contrato de transporte, es decir, al remitente, en cuanto parte que ha celebrado el acuerdo con el transportista y ha asumido la obligación de pagar el flete¹⁰. En esta perspectiva, la responsabilidad del transportista frente al remitente persiste incluso después de la entrega, salvo que se haya producido una transferencia explícita de los derechos al destinatario mediante instrumentos idóneos (como la cesión del contrato o la anotación en el documento de transporte).

19. Un segundo enfoque, por el contrario, pone en valor la posición del destinatario como titular del interés sustancial en la entrega de la mercancía, especialmente en los casos en que la titularidad de la misma ya ha sido transferida antes de completarse el transporte. En esta óptica, el destinatario estaría legitimado para actuar autónomamente contra el transportista, incluso en ausencia de una cesión formal de los derechos contractuales, sobre la base del principio de legitimación por titularidad del bien¹¹. Como señalan CALVO CARAVACA y CARRASCOSA, “*el beneficiario de la entrega, sea remitente o destinatario, debe disponer de instrumentos jurídicos idóneos para obtener la restitución del bien o su equivalente económico, independientemente de la propiedad formal de la mercancía*”¹².

20. La jurisprudencia italiana ha adoptado soluciones no siempre uniformes. En algunas sentencias, la Corte de Casación ha afirmado el principio según el cual el remitente conserva la legitimación para actuar por el daño sufrido por la mercancía, incluso si el destinatario ha adquirido la propiedad del bien, salvo que este último haya ejercido autónomamente la acción indemnizatoria (Cass. civ., Sez. III, 3 de julio de 2003, n.º 10586). En otras decisiones, en cambio, se ha privilegiado una reconstrucción basada en la titularidad efectiva del interés lesionado, con la consiguiente atribución de la legitimación al destinatario en cuanto sujeto directamente perjudicado¹³.

21. Es especialmente relevante, desde este punto de vista, la distinción entre legitimación sustancial y legitimación procesal. El remitente puede estar legitimado para actuar contractualmente, sobre la base del contrato celebrado con el transportista, mientras que el destinatario puede estar legitimado

dada, muestra en el contrato de transporte una elevada permeabilidad, en la medida en que la posición del sujeto legitimado tiende a depender más de la localización del riesgo económico que de la estructura formal de la relación contractual. Véase: F. GALGANO, *Il contratto*, Padua, ult. ed., esp. cap. sobre el contrato de transporte. M. FRANZONI, *La responsabilità civile*, Milán, ult. ed., apartado sobre la legitimación y el interés para obrar.

¹⁰ *La orientación contractualista asegura coherencia sistemática, pero corre el riesgo de producir una disociación entre la legitimación procesal y el daño efectivamente sufrido, especialmente en los casos de transferencia anticipada del riesgo y del valor económico de la mercancía.* Véase: A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milán, ult. ed., apartado sobre el contrato de transporte. G. ALPA, *Il contratto di trasporto*, en *Tratt. dir. civ.*, Turín.

¹¹ *El criterio de la titularidad del interés sustancial introduce una lectura funcional de la legitimación, adecuada para reforzar la tutela del sujeto efectivamente perjudicado, pero plantea problemas de coordinación con la disciplina contractual, especialmente en relación con el riesgo de acciones concurrentes.* Véase: A. DI MAJO, *Responsabilità e danno*, Turín, ult. ed. – J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho del transporte internacional*, Valencia.

¹² A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, cit., p. 330.

¹³ *La oscilación jurisprudencial entre el criterio formal y el criterio sustancial pone de manifiesto la ausencia de un principio estable de imputación de la legitimación activa, confiando la solución del conflicto a valoraciones predominantemente casuísticas.* Véase: Cass., Sez. III, 3 de julio de 2003, n.º 10586, con nota de comentario en *Giust. civ.*, G. DE NOVA, *Il contratto*, en *Tratt. dir. priv.*, Milán.

extracontractualmente, en cuanto perjudicado por la conducta del transportista, o en base a la cesión legal de los derechos derivada de la recepción del documento de transporte¹⁴.

22. Esta complejidad se refleja de manera evidente en los litigios judiciales, donde la correcta identificación del sujeto legitimado resulta a menudo decisiva para el resultado del juicio. La práctica comercial, además, contempla soluciones diferenciadas: en algunos casos, el remitente se reserva expresamente el derecho de actuar; en otros, la documentación de transporte prevé la transferencia automática de los derechos al destinatario.

23. La sentencia de la Corte de Casación n.º 11723/2018, objeto de análisis en los capítulos siguientes, se inserta en este contexto articulado, ofreciendo aportes relevantes sobre el tema de la legitimación del remitente en caso de pérdida del cargamento. Su análisis permitirá esclarecer si, y en qué medida, puede considerarse consolidada o en evolución la orientación jurisprudencial tradicional.

IV. La carga de la prueba en la responsabilidad del transportista.

24. En el contrato de transporte de mercancías, la distribución de la carga de la prueba constituye un elemento crucial, sobre todo en los casos de pérdida, avería o retraso en la entrega de la mercancía. La dificultad interpretativa surge del hecho de que la responsabilidad del transportista se sitúa en una zona intermedia entre la responsabilidad contractual y una responsabilidad agravada, dando lugar a reglas probatorias peculiares, que se apartan de las previstas en general por el artículo 2697 del Código Civil¹⁵.

25. Según el principio general del derecho civil, quien pretende hacer valer un derecho en juicio debe probar los hechos constitutivos de su pretensión (párrafo 1), mientras que quien alega la ineficacia o extinción del derecho debe probar los hechos impositivos, modificativos o extintivos (párrafo 2). Sin embargo, en el caso del transporte, este esquema sufre una importante excepción. El artículo 1681 del Código Civil establece que el transportista es responsable de la pérdida o avería de las cosas entregadas para el transporte, a menos que pruebe que el hecho dañoso ha sido causado por una razón no imputable a él.

26. Esto significa que el acreedor de la prestación (normalmente el remitente o el destinatario) no necesita demostrar la culpa del transportista, sino que le basta con probar la existencia del contrato, la entrega de la mercancía y el daño sufrido (pérdida, deterioro, etc.). Corresponde al transportista la carga de demostrar que el hecho dañoso fue causado por una circunstancia exoneratoria, ajena a su esfera de control y no imputable, como por ejemplo caso fortuito, fuerza mayor, vicio propio de la mercancía o hecho de un tercero.

27. Esta normativa configura una forma de responsabilidad objetiva atenuada, basada en presunciones legales de culpa y justificada por la posición de control que el transportista ejerce sobre la mercancía durante todo el transporte. En otras palabras, se presume que el transportista, al tener la posesión material de la cosa, se encuentra en la mejor posición para prevenir daños y para probar eventuales causas de exoneración de responsabilidad¹⁶.

¹⁴ La distinción entre la legitimación contractual del remitente y la legitimación extracontractual del destinatario, aun cuando teóricamente sostenible, no elimina por completo el riesgo de superposición de las tutelas, imponiendo un control posterior sobre la unicidad del daño resarcible. Véase: P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milán. M. BUSSOLETTI, *Il trasporto di cose*, Milán.

¹⁵ La excepción al criterio general de distribución de la carga de la prueba confirma la naturaleza especial de la responsabilidad del transportista, pero plantea el problema de los límites dentro de los cuales la inversión probatoria puede operar sin traducirse en una responsabilidad objetiva en sentido pleno. Véase: G. VISINTINI, *Trattato della responsabilità civile*, Padua. Cass., Sez. III, 15 de febrero de 2007, n.º 3379.

¹⁶ La referencia a la esfera de control del transportista como fundamento de la inversión de la carga de la prueba presuppone que dicho control sea efectivo y continuo, circunstancia que puede resultar problemática en los transportes complejos o multimodales. Véase: F. MARRELLA, *Trasporti e logistica internazionale*, Bologna. Convenio CMR, art. 17, comentarios.

28. Este sistema encuentra confirmación también en los convenios internacionales, como la Convención CMR, la cual en su artículo 17 establece que el transportista es responsable por la pérdida o avería de la mercancía, salvo que pruebe que dicha pérdida o avería fue causada por una de las causas de exclusión enumeradas taxativamente, entre ellas el uso de vehículos no idóneos, carga defectuosa realizada por el remitente, fuerza mayor, etc.

29. Debe señalarse, sin embargo, que en el plano procesal, la prueba de la efectiva pérdida de la mercancía y del daño recae sobre el actor. CARRASCOSA recuerda que “la documentación del transporte internacional tiene un valor probatorio esencial: en ausencia de carta de porte, conocimiento de embarque o albarán, resulta difícil atribuir al transportista la responsabilidad por el incumplimiento”¹⁷. El remitente o destinatario que promueve la acción debe aportar documentación idónea para demostrar que la mercancía fue entregada al transportista en buen estado y que no llegó a destino o llegó dañada¹⁸. Esta prueba puede realizarse mediante documentos de transporte (como la carta de porte o el conocimiento de embarque), actas de constatación, peritajes, declaraciones de testigos y correspondencia comercial.

30. Otro aspecto problemático se refiere a la prueba del *quantum* del daño, que también debe ser aportada por el actor, mediante documentación contable, facturas, contratos de compraventa u otros elementos que acrediten el valor comercial de la mercancía perdida o dañada¹⁹.

31. La jurisprudencia ha reiterado en numerosas ocasiones la carga probatoria del transportista en los términos arriba expuestos. De manera coherente, CALVO CARAVACA y CARRASCOSA afirman que “la lógica funcional del contrato de transporte exige que la inversión de la carga de la prueba se centre en el sujeto que tiene el control efectivo de la mercancía durante el trayecto”²⁰. En particular, la Corte de Casación ha aclarado que la responsabilidad del transportista está presunta *ex lege* y que la prueba exoneratoria debe ser rigurosa y referirse a circunstancias precisas y documentadas (cf. Cass. civ., Sez. III, 15 de febrero de 2007, n° 3379). No basta con una alegación genérica de fuerza mayor o de hecho de un tercero: es necesario demostrar concretamente el nexo causal entre tal evento y la pérdida del cargamento.

32. Las sentencias que serán analizadas en los capítulos siguientes (Cass. 11723/2018 y Cass. 25290/2025) ofrecen aportes interesantes respecto a la correcta aplicación de estas reglas probatorias, especialmente en relación con los casos en que existe incertidumbre sobre la dinámica del hecho dañoso o sobre la legitimación activa del sujeto que actúa. Representan una oportunidad valiosa para reflexionar sobre el equilibrio entre las exigencias de certeza jurídica y la tutela efectiva del acreedor en el contrato de transporte²¹.

V. Análisis de la sentencia Cass. civ., Sez. I, 14 de mayo de 2018, n° 11723.

33. La sentencia de la Corte de Casación, Sección Primera Civil, n° 11723 del 14 de mayo de 2018 constituye un importante precedente en materia de transporte de mercancías y, en particular,

¹⁷ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La prueba en el contrato de transporte internacional de mercancías por carretera”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 77, n. 1, 2025, p. 281.

¹⁸ El énfasis en la documentación de transporte como medio de prueba esencial, si se aplica de manera rígida, corre el riesgo de restringir la tutela del actor en los supuestos de pérdida total de la carga, en los que la prueba documental puede resultar objetivamente comprometida. Véase: A. ZOPPINI, *Prova civile e documenti*, 2008 Milán.

¹⁹ La prueba del *quantum* del daño representa a menudo el aspecto más crítico del litigio, imponiendo un equilibrio entre el rigor probatorio y la liquidación equitativa, cuya base sistemática sigue siendo objeto de debate. Véase: G. PONZANELLI, *La liquidazione del danno*, Milán, 2025. Corte di Cassazione, Sección III, sentencia n° 8884, de 13 de mayo de 2020.

²⁰ A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado crítico de Derecho Internacional Privado*, vol. VI, Madrid, Edisofer, 2024, pp. 450–451.

²¹ La orientación que se desprende de la jurisprudencia más reciente apunta a una resolución de las controversias basada en criterios pragmáticos y funcionales, en la que se otorga prioridad a la protección del interés efectivamente lesionado en la situación concreta, relegando a un segundo plano la elaboración de esquemas abstractos de validez general. *Cass. civ., Sez. III, n° 11723/2018; Cass. civ., Sez. III, n° 25290/2025*.

aborda con precisión dos cuestiones centrales: la legitimación activa del remitente y la carga probatoria frente al transportista en caso de pérdida del cargamento. El fallo se distingue por su análisis técnico y sistemático de las cuestiones tratadas, proporcionando una orientación interpretativa que, si bien se enmarca en la jurisprudencia dominante, introduce algunas aclaraciones relevantes.

34. El proceso judicial tiene su origen en un litigio entre una empresa remitente y un transportista encargado del traslado de mercancías con destino al extranjero. A raíz de la pérdida total de la carga durante el transporte, la empresa remitente interpuso una demanda para obtener la indemnización por los daños derivados de la falta de entrega de la mercancía. El transportista alegó, entre otras cosas, la falta de legitimación activa del remitente, argumentando que el derecho a indemnización correspondía al destinatario, como propietario de la mercancía en el momento del siniestro. Además, cuestionaba la suficiencia de la prueba aportada respecto a la efectiva pérdida del cargamento y al daño sufrido.

35. La Corte de Casación abordó en primer lugar la cuestión de la legitimación activa del remitente²², confirmando que éste conserva la legitimación para demandar por el incumplimiento del contrato de transporte, incluso cuando la propiedad de la mercancía haya pasado ya al destinatario. Esta posición se basa en la premisa de que el contrato de transporte es autónomo respecto de la compraventa subyacente, y que el derecho a indemnización por incumplimiento contractual corresponde a la parte vinculada contractualmente con el transportista, salvo cesión expresa de los derechos.

36. Según la Corte, la eventual transferencia de la propiedad de la mercancía al destinatario no implica automáticamente la transmisión de la legitimación para actuar²³, que permanece en la parte que ha celebrado el contrato de transporte, a menos que se demuestre una cesión formal del derecho indemnizatorio. Esto es aún más válido en los casos en que el destinatario no haya recibido la mercancía ni manifestado intención alguna de ejercitar acciones indemnizatorias en su propio nombre. Esta postura refuerza la estabilidad de la relación contractual de transporte y protege la expectativa del remitente, evitando que el transportista pueda eludir su responsabilidad apelando a dinámicas contractuales entre terceros (como la compraventa de la mercancía).

37. La Corte reiteró asimismo el principio según el cual, en caso de pérdida del cargamento, corresponde al actor probar la entrega de la mercancía²⁴ al transportista, la no entrega al destinatario y la existencia del daño. Una vez aportada dicha prueba, recae sobre el transportista la carga de demostrar que la pérdida fue causada por un hecho no imputable a él, conforme al artículo 1681 del Código Civil.

38. En el caso concreto, el transportista se limitó a alegar genéricamente la posibilidad de un robo durante el transporte, sin aportar prueba documental o testimonial adecuada que acreditara dicha circunstancia. La Corte consideró tal defensa insuficiente y confirmó la responsabilidad del transportista, subrayando que la presunción de culpa solo puede ser desvirtuada mediante una prueba rigurosa y precisa.

39. La sentencia n° 11723/2018 se alinea con la orientación jurisprudencial predominante, pero representa también una evolución en términos de claridad sistemática. En particular, la clara distinción entre el contrato de transporte y la transferencia de la propiedad de la mercancía permite evitar confusiones conceptuales y refuerza el principio según el cual el derecho a indemnización no sigue automáticamente la propiedad del bien, sino que permanece vinculado a la relación obligacional originaria.

²² Cass. civ., Sez. I, 14 de mayo de 2018, n.° 11723.

²³ CALVO CARAVACA, A. L. – CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Granada, Comares, 2016, donde se subraya que la legitimación para reclamar frente al transportista deriva del vínculo contractual y no se transmite automáticamente con la propiedad de la mercancía. En jurisprudencia italiana, Cass. civ., Sez. III, 3 luglio 2003, n° 10586. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., 'Contrato de transporte y responsabilidad en el ámbito internacional', en CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (coords.), *Contratos internacionales*, 2.ª ed., Madrid, Colex, 2022, pp. 143–152.

²⁴ CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Tratado crítico de Derecho Internacional Privado*, vol. VI, Madrid, Edisofer, 2024, pp. 459–465.

40. El fallo resulta coherente también con la lógica de la presunción de responsabilidad del transportista, quien, en ausencia de causas exonerativas debidamente documentadas, debe responder por el incumplimiento. El enfoque riguroso hacia la prueba exoneratoria responde a la necesidad de proteger al acreedor y garantizar fiabilidad y seguridad en las relaciones de transporte.

41. Por último, la decisión refuerza la centralidad de la documentación contractual y logística (por ejemplo, CMR, albaranes, actas de carga/descarga) en la prueba de la relación y del incumplimiento, reafirmando la necesidad de que el transportista documente adecuadamente cada fase del transporte para poder eventualmente eximirse de responsabilidad.

VI. Análisis de la sentencia Cass. civ., Sez. III, 16 de septiembre de 2025, n° 25290

42. La sentencia n° 25290, dictada el 16 de septiembre de 2025 por la Sección Tercera Civil de la Corte de Casación, se sitúa en la línea evolutiva de la jurisprudencia relativa a la responsabilidad del transportista, poniendo el acento en dos aspectos fundamentales del contrato de transporte: la legitimación activa para solicitar indemnización y la distribución de la carga de la prueba.

43. El caso examinado tuvo por objeto la pérdida de un cargamento durante la ejecución del transporte, hecho que dio lugar a un litigio centrado en la identificación del sujeto legitimado para promover la acción indemnizatoria y en los requisitos probatorios necesarios para la afirmación de la responsabilidad del transportista.

44. La sentencia ofrece aportes relevantes para el encuadre jurídico de la legitimación para actuar. En particular, parece reconocer una legitimación no rígidamente vinculada a la titularidad formal del contrato, valorizando en cambio el criterio sustancial de la titularidad del interés protegido, incluso en cabeza de sujetos terceros respecto del contrato mismo²⁵. Este enfoque sugiere una posible superación de la orientación restrictiva delineada por la Corte en la sentencia n° 11723 de 2018, la cual subordinaba el acceso a la tutela indemnizatoria a la prueba de una relación contractual directa con el transportista²⁶.

45. En materia de carga de la prueba, la sentencia de 2025 parece confirmar la tendencia jurisprudencial a aliviar el peso probatorio a cargo del actor, especialmente en aquellos casos en que la parte perjudicada se encuentra en una situación de asimetría informativa o en condiciones objetivas de dificultad para acceder a la documentación pertinente²⁷.

46. El transportista, por el contrario, sigue estando obligado a probar las causas de exoneración de responsabilidad, conforme a un criterio ya consolidado en jurisprudencia, pero reinterpretado a la luz del principio de efectividad de la tutela y del *favor* hacia la parte económicamente más débil²⁸.

²⁵ Cfr. Cass. civ., Sez. III, 16 settembre 2025, n° 25290, che, pur enmarcándose en el régimen contractual del transporte, valora la titularidad del interés económico efectivamente lesionado a efectos de la legitimación activa. En doctrina, CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “La prueba en el contrato de transporte internacional de mercancías por carretera”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 77, n° 1, 2025, pp. 278-285.

²⁶ CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Tratado crítico de Derecho Internacional Privado*, vol. VI, Madrid, Edisofer, 2024, pp. 459-465.

²⁷ ANTONINI, A., *Curso de Derecho de los Transportes*, Milán, 2008, p. 212.

²⁸ COMENALE PINTO, M. M., “La responsabilidad del transportista aéreo desde la Convención de Varsovia de 1929 hasta la de Montreal de 1999”, en *Diritto e storia*, 2003, p. 41. La reafirmación del deber del transportista de probar las causas de exoneración se inserta en una línea jurisprudencial consolidada, pero su reinterpretación a la luz del principio de efectividad de la tutela y del *favor* hacia la parte económicamente más débil introduce un criterio axiológico que puede incidir en la delimitación objetiva del ámbito de las causas liberatorias. Ello impone una lectura restrictiva de dichas causas, con una aproximación progresiva a modelos de responsabilidad agravada. Cfr. P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, 1961 Milán; G. VISINTINI, *Trattato della responsabilità civile*, 1999 Padova; en perspectiva europea, C. von Bar, *The Common European Law of Torts*, 1998-2000 (2 vols.) Oxford.

47. En conclusión, la sentencia n° 25290 de 2025 se inscribe en una fase de transición del derecho del transporte, en la que se asiste a un desplazamiento progresivo desde un enfoque formal hacia uno sustancial en la determinación de la legitimación y de la responsabilidad.

48. Aunque subsistan incertidumbres sobre el alcance objetivo de la decisión, esta representa una pieza útil para la comprensión de las nuevas directrices interpretativas, con posibles repercusiones en la configuración sistemática del contrato de transporte y en la tutela jurisdiccional de los sujetos perjudicados²⁹.

VII. Perfiles críticos y propuestas interpretativas

49. La comparación entre la jurisprudencia italiana y la española/internacional en materia de transporte de mercancías pone de manifiesto una convergencia sustancial respecto al papel central del transportista como sujeto responsable de la mercancía durante el transporte, así como sobre la necesidad de un enfoque riguroso en cuanto a la carga probatoria en los casos de pérdida o deterioro del cargamento.

50. La Corte de Casación civil italiana, en la sentencia n° 11723/2018, ha reafirmado un principio consolidado: en el contrato de transporte, una vez que el acreedor ha probado la entrega de la mercancía y el incumplimiento (por ejemplo, la pérdida del cargamento), corresponde al transportista demostrar la existencia de una causa no imputable a él, conforme al artículo 1681 del Código Civil³⁰. Se trata de una responsabilidad contractual agravada, basada en una presunción relativa de culpa.

51. También la Audiencia Provincial de Barcelona, en la sentencia del 30 de junio de 2025, ha reiterado un principio similar, aplicando el artículo 4 de las Reglas de La Haya-Visby: el transportista queda exonerado de responsabilidad solo si prueba que la pérdida o el daño se debió a una de las causas enumeradas (por ejemplo, fuerza mayor, vicio propio de la mercancía, error náutico, etc.), mediante una prueba rigurosa y documentada³¹.

52. Este enfoque refuerza la idea de que, también en el derecho internacional, el transportista no puede eludir su responsabilidad con meras alegaciones genéricas o con la invocación de circunstancias no probadas.

53. Esta uniformidad de criterio respalda la tesis de que se está consolidando, a nivel europeo, un modelo probatorio “transportista-céntrico”, en el cual el sujeto que tiene la custodia de la mercancía durante el transporte debe responder plenamente si no demuestra con precisión las causas exoneratorias³².

54. Conviene, sin embargo, destacar las diferencias de contexto entre las dos sentencias:

²⁹ La calificación de la sentencia como expresión de una fase de transición del derecho del transporte resulta metodológicamente pertinente, aunque debe manejarse con cautela. El desplazamiento desde un enfoque formal hacia uno sustancial, si no va acompañado de criterios sistemáticos estables, corre el riesgo de fragmentar el régimen de la responsabilidad del transportista y de comprometer la previsibilidad de las soluciones. Esta problemática se acentúa en un sector fuertemente influido por convenios internacionales y por la necesidad de uniformidad interpretativa. Véase: F. MARRELLA, *Trasporti e logistica internazionale*, 2010 Bolonia; G. ALPA, *Il contratto di trasporto*, en *Tratt. dir. civ.*, 2014 Turín; en doctrina comparada, U. MAGNUS, *European Transport Law*, 1965 Múnich.

³⁰ Código Civil italiano, Artículo 1681.

³¹ Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, sentencia de 30 de junio de 2025, que aplica el art. 4 de las Reglas de La Haya-Visby, confirmando que el transportista solo queda exonerado de responsabilidad mediante la prueba rigurosa de una de las causas tipificadas de exclusión.

³² Véase CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “La prueba en el contrato de transporte internacional de mercancías por carretera”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 77, n° 1, 2025, pp. 278-285, quien subraya que la lógica probatoria del transporte internacional se articula en torno a la posición de custodia y control del transportista. En el mismo sentido, art. 17 del Convenio CMR (1956).

- La sentencia italiana se refiere al transporte terrestre nacional, regulado por los artículos 1678 y siguientes del Código Civil;
- Mientras que la sentencia española (AAP Barcelona) se refiere al transporte marítimo internacional, regulado por convenios uniformes como las Reglas de La Haya-Visby, aplicables en el ámbito de la UE³³.

55. No obstante, ambas coinciden en el principio de que la legitimación activa permanece en manos del remitente, salvo cesión expresa al destinatario, y que la carga de la prueba a cargo del transportista debe ejercerse no solo de forma oportuna sino también cualificada, mediante documentación detallada o medios técnicos.

56. A la luz de esta convergencia, se propone una lectura sistemática que valore los siguientes elementos:

- Unidad de ratio legis entre las normativas del transporte terrestre y marítimo: aunque basadas en fuentes diferentes, ambas persiguen el objetivo de proteger la confianza del remitente y del destinatario en la correcta ejecución del transporte. La presunción de responsabilidad del transportista responde a una lógica económico-funcional común³⁴.
- Extensión de la lógica probatoria marítima al transporte terrestre, aprovechando la experiencia internacional y su mayor formalización, con:
 - o Obligación documental detallada para cada fase del transporte.
 - o Responsabilidad plena en caso de ausencia o insuficiencia de las pruebas exoneratorias.
 - o Introducción de *best practices* contractuales que aclaren la legitimación entre remitente y destinatario.
- Centralidad de la documentación logística: en ambas sentencias emerge la importancia de la trazabilidad y formalización de las fases contractuales y materiales (por ejemplo, CMR, albaranes, documentos de entrega, informes de daños). Se auspicia que los tribunales refuercen el principio según el cual la ausencia de tales documentos agrava la posición del transportista.
- Tutela sistémica del interés lesionado: la legitimación debería reconocerse preferentemente a quien haya sufrido el perjuicio económico efectivo, vinculando la pretensión no solo al título formal (contrato), sino también a la sustancia del daño.

VIII. Conclusiones

57. El presente trabajo ha abordado el tema de la pérdida de la carga, con especial atención a los problemas de la legitimación del remitente y de la carga de la prueba en el contrato de transporte de mercancías. Partiendo del análisis de la sentencia Cass. civ., Sez. I, 14 de mayo de 2018, n° 11723, y poniéndola en diálogo con la orientación más reciente expresada a nivel internacional en la resolución de la Audiencia Provincial de Barcelona del 30 de junio de 2025, se ha intentado ofrecer una lectura sistemática y actualizada de dos cuestiones centrales en la responsabilidad del transportista.

58. El primer resultado alcanzado se refiere al tema de la legitimación activa: la jurisprudencia italiana ha aclarado que el remitente conserva la legitimación para actuar contra el transportista, incluso en los casos en que la mercancía ya haya sido vendida y el destinatario se haya convertido en su pro-

³³ BERLINGIERI, F., ZUNARELLI, A., ALVISI, A., “La nueva Convención UNCITRAL sobre el transporte internacional de mercancías ‘total o parcialmente por mar’ (Reglas de Rotterdam)”, en *Derecho Marítimo*, 2008, p. 1192.

³⁴ CARBONE, S. M., *El transporte marítimo de mercancías en el sistema de transportes internacionales*, Milán, 1976, pp. 61–63.

pietario, salvo que haya habido una cesión expresa del derecho indemnizatorio³⁵. Esta orientación es coherente con el enfoque contractualista del transporte y refuerza la seguridad jurídica en las relaciones entre remitente y transportista.

59. El segundo aspecto profundizado es el de la carga de la prueba, para el cual se ha confirmado la existencia de una presunción relativa de responsabilidad del transportista, según lo previsto en el artículo 1681 del Código Civil³⁶. El actor debe probar la entrega de la mercancía y el daño sufrido, mientras que corresponde al transportista demostrar, mediante prueba rigurosa, la existencia de una causa exonerativa no imputable. Este enfoque ha sido reiterado también por la jurisprudencia internacional, como lo demuestra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, la cual, en aplicación de las Reglas de La Haya-Visby, exige una prueba plena y circunstanciada para excluir la responsabilidad del transportista marítimo³⁷.

60. La comparación entre las dos sentencias ha permitido identificar una convergencia jurisprudencial significativa entre los distintos ordenamientos, orientada hacia un modelo probatorio “centrado en el transportista”, que atribuye al sujeto en posesión de la mercancía durante el transporte la principal carga de justificar el hecho dañoso. Este modelo refuerza la protección del interés del remitente y del destinatario, y promueve un sistema más eficiente y transparente en el ámbito del transporte comercial.

61. La aportación original del presente estudio se enmarca precisamente en esta perspectiva comparada y sistemática: se ha propuesto interpretar conjuntamente las experiencias jurisprudenciales nacionales e internacionales, con el fin de delinear una teoría unitaria de la responsabilidad del transportista, basada en:

- la centralidad de la documentación del transporte;
- la valorización del interés económico efectivamente lesionado;
- la atribución de responsabilidad al transportista en lo relativo a la custodia y trazabilidad de la mercancía³⁸.

62. A modo de conclusión, el tema tratado revela ser de gran actualidad, también a la luz de las transformaciones logísticas y jurídicas del transporte internacional. Las reflexiones realizadas podrían constituir la base para futuros desarrollos legislativos, doctrinales y jurisprudenciales, especialmente en la dirección de una armonización europea de las normas sobre el transporte de mercancías, que tenga en cuenta las exigencias de seguridad jurídica, tutela del crédito y seguridad en la circulación de bienes.

Bibliografía

- ABBATE, I., “Reflexiones sobre la naturaleza, el contenido y la distribución de la carga de la prueba en el contrato de transporte marítimo de mercancías”, en *Revista de Derecho de la Navegación*, 1971, I, p. 37.
- ANELLI, F., “Los daños por causa desconocida en el transporte marítimo de mercancías: modelos interpretativos y perfiles sistemáticos”, en *Revista Trimestral de Derecho Procesal Civil*, 1991, p. 1073.
- ANTONINI, A., *Tratado breve de Derecho Marítimo*, vol. II, Milán, 2008.

³⁵ IANNUZZI, “Libro cuarto de las obligaciones. Del transporte”, en *Comentario a los artículos 1678 - 1702*, a cargo de SCIAJOLA - BRANCA, Bolonia - Roma, 1970, p. 11.

³⁶ Código Civil italiano, Artículo 1681.

³⁷ Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, sentencia del 30 de junio de 2025, comentada en *REDI*, 2025.

³⁸ CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Tratado crítico de Derecho Internacional Privado*, vol. VI, Madrid, Edisofer, 2024, pp. 465–467.

- ANTONINI, A., “Avarías comunes”, en *Diccionarios de Derecho Privado* (dir. por N. IRTI) - *Derecho de la Navegación* (coord. por M. DEIANA), Milán, 2010.
- ARENA, A., *El conocimiento de embarque y otros títulos representativos del transporte*, Milán, 1951.
- ASARIOTIS, R., “Obligaciones principales y responsabilidad del cargador”, en *Transportrecht*, 2004, p. 284.
- AURITI, G., *El conocimiento de embarque*, Padua, 1957.
- ANTONINI, A., *Curso de Derecho de los Transportes*, Milán, 2008.
- BERLINGIERI, F., ZUNARELLI, A., ALVISI, A., “La nueva Convención UNCITRAL sobre el transporte internacional de mercancías ‘total o parcialmente por mar’ (Reglas de Rotterdam)”, en *Derecho Marítimo*, 2008, p. 1184 ss.
- BALESTRA, N., *El conocimiento de embarque en el transporte de carga y en el fletamento por viaje*, Milán, 1969.
- BERLINGIERI JR., F., *La regulación de la responsabilidad del transportista de mercancías*, Milán, 1978.
- BERLINGIERI JR., F., “La Convención de Bruselas del 25 de agosto de 1924 sobre el conocimiento de embarque y el proyecto de Convención UNCITRAL sobre el transporte de mercancías por mar: una comparación crítica”, en *Derecho Marítimo*, 1977, p. 560.
- BRUNETTI, A., *Manual de Derecho de la Navegación Marítima e Interior*, Padua, 1947.
- CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Granada, Comares, 2016.
- CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Tratado crítico de Derecho Internacional Privado*, vol. VI, Madrid, Edisofer, 2024.
- CARBONE, S. M., *Contrato de transporte marítimo de mercancías*, Milán, 2010.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “La prueba en el contrato de transporte internacional de mercancías por carretera”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 77, n.º 1, 2025, pp. 278-285.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Contrato de transporte y responsabilidad en el ámbito internacional”, en CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (coords.), *Contratos internacionales*, Madrid, Colex, 2012, pp. 139 - 152.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Obligaciones y contratos internacionales*, Madrid, Colex, 2011.
- CASANOVA-BRIGNARDELLO, *Derecho de los Transportes*, Milán, 2011.
- CARBONE, S. M., *Contrato de transporte marítimo de mercancías*, en *Tratado de Derecho Civil y Comercial*, Milán, 1988, p. 130.
- CARBONE, S. M., “La aplicación en el ordenamiento italiano de los Protocolos de Visby y Bruselas sobre el conocimiento de embarque”, en *Revista de Derecho Internacional Privado y Procesal*, 1986, p. 789.
- CARBONE, S. M., *El transporte marítimo de mercancías en el sistema de transportes internacionales*, Milán, 1976.
- CARBONE, S. M., *Contrato de transporte marítimo*, en *Tratado de Derecho Civil y Comercial*, dir. por A. CICU y F. MESSINEO, vol. XXVI, parte 2, Milán, 1988.
- CARBONE, S. M., *La regulación jurídica del tráfico marítimo internacional*, Bolonia, 1982.
- COMENALE PINTO, M. M., “Reflexiones sobre la nueva Convención de Montreal de 1999 sobre el transporte aéreo”, en *Derecho Marítimo*, 2000, p. 798.
- COMENALE PINTO, M. M., “Responsabilidad del transportista aéreo desde la Convención de Varsovia de 1929 hasta la Convención de Montreal de 1999”, en *Revista de Derecho Comercial*, 2002, p. 67.
- COMENALE PINTO, M. M., “La responsabilidad del transportista aéreo desde la Convención de Varsovia de 1929 hasta la de Montreal de 1999”, en *Diritto e storia*, 2003.
- COMENALE PINTO, M. M., “La nueva regulación del transporte aéreo internacional”, en *Derecho del Turismo*, 2004, p. 5.
- COMENALE PINTO, M. M., “La indemnización del daño psicológico: primer caso de aplicación de la Convención de Montreal de 1999”, en *Derecho del Turismo*, 2005, p. 51.

COMENALE PINTO, M. M., “*El paso marítimo entre el Código de Navegación, las convenciones no ratificadas y las perspectivas comunitarias*”, en *Escritos en memoria de Vittorio Sgroi* (coord. G. Giacobbe), Milán, 2008, p. 11.

IANNUZZI, “*Libro cuarto de las obligaciones. Del transporte*”, en *Comentario a los artículos 1678 - 1702*, a cargo de SCIAJOLA - BRANCA, Bolonia - Roma, 1970, p. 5.

ROMANELLI, *El transporte aéreo de personas*, Padua, 1959, p. 10.

Legislación y jurisprudencia

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.^a, sentencia del 30 de junio de 2025 (comentada en *REDI*, 2025).

Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR), Ginebra, 19 de mayo de 1956, ratificado en Italia por Ley de 6 de diciembre de 1960, n.º 1621.

Corte de Casación, Sección I civil, 14 de mayo de 2018, n.º 11723.

Corte de Casación, Sección III civil, 16 de septiembre de 2025, n.º 25290.

Propuesta de Recurso ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública contra la calificación negativa de la inscripción de nacimiento de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución

Proposal for an Appeal to the Dirección General De Seguridad Jurídica y Fe Pública against the negative qualification of the birth registration of those born abroad through surrogacy

AURORA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

*Profesora titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Cantabria*

ORCID ID: 0000-0002-1376-497X

Recibido: 15.09.2025 / Aceptado: 15.01.2026

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2026.10292>

Resumen: La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP), órgano dependiente del Ministerio de Justicia del Gobierno de España, dictó el 28 de abril de 2025, una Instrucción sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución. A través de dicha Instrucción se deroga la normativa anterior emanada del propio Centro Directivo; se impide la aplicación de los mecanismos de validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España a las decisiones en materia de filiación de nacidos mediante gestación por sustitución procedentes de otros Estados; y se impone la obligación a los ciudadanos de reconstruir en nuestro país la filiación ya determinada en el extranjero. Los objetivos perseguidos por la mencionada Instrucción chocan frontalmente, sin embargo, con algunos de los principios más elementales del ordenamiento jurídico español. Existen fundamentos de Derecho más que suficientes para sustentar un recurso ante las autoridades competentes contra la mencionada Instrucción. Este trabajo se limita a esgrimir, de conformidad con el ordenamiento jurídico español, algunos de ellos.

Palabras clave: Gestación por sustitución, Derecho internacional privado, exequatur, derechos fundamentales, interés superior del menor, Derecho español, CNYDN, CEDH.

Abstract: The *Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública* (DGSJFP), a body dependent on the Ministry of Justice of the Government of Spain, issued an Instruction on updating the registration regime for the parentage of births through surrogacy on April 28, 2025. This Instruction repeals the previous regulations issued by the same governing body; it prevents the application of the mechanisms for extraterritorial validity of foreign decisions in Spain to decisions on parentage of children born through surrogacy originating in other States; and it imposes the obligation on citizens to reconstruct in Spain the parentage already determined abroad. The objectives pursued by the aforementioned Instruction clash head-on, however, with some of the most basic principles of the Spanish legal system. There are more than sufficient legal grounds to support an appeal against the aforementioned Instruction. This work is limited to arguing, in accordance with the Spanish legal system, some of them.

Keywords: Surrogacy Motherhood, Private International Law, Exequatur, Fundamental Rights, Best Interest of the Child, Spanish Law, UNCRC, ECHR.

Sumario: I. Breve introducción. II. Propuesta de recurso contra la Instrucción DGSJFP 2025: Fundamentos de Derecho. 1. Nulidad de pleno derecho. 2. La necesaria aplicación del art. 96 LRC. 3. EL art. 10 LTRHA: una norma imperativa. 4. Decisiones extranjeras en materia de filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución y orden público internacional español: la STS. 5. La obligatoria reconstrucción *contra legem* de la filiación en España. 6. El interés superior del menor. 7. La gestación por sustitución como una forma de violencia contra las mujeres. IV. Consideraciones finales.

I. Breve introducción

1. El pasado 1 de mayo entraba en vigor la Instrucción de 28 de abril de 2025, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (anteriormente, DGRN), sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución¹. La mencionada Instrucción deroga la normativa anterior emanada del mismo Centro Directivo sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, concretamente: las Instrucciones DGRN de 5 de octubre de 2010 y de 18 de febrero de 2019².

2. La nueva Instrucción DGSJ de 28 de abril de 2025, basándose en una sentencia del Tribunal Supremo (STS núm. 1626/2024, de 4 de diciembre de 2024)³ se dirige, principalmente, a denegar la inscripción registral de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución, obligando con ello a los progenitores a determinar la filiación en España mediante la tramitación del correspondiente procedimiento judicial. Cuestión distinta es que dicho objetivo pueda encontrar sustento en Derecho español, al menos en la forma en que la Instrucción DGSJFP 2025 pretende.

3. Un análisis jurídico de la Instrucción DGSJFP de 28 de abril de 2025 conduce a observar que determinados aspectos de dicha norma podrían quebrantar algunos de los principios más esenciales de nuestro ordenamiento jurídico. En estas páginas se tratará de exponer la argumentación jurídica que podría servir de sustento a los “Fundamentos de Derecho” de un posible recurso ante la DGSJFP contra la resolución del Encargado del Registro civil Consular denegando la inscripción de nacimiento con base en la Instrucción de 28 de abril de 2025.

4. No obstante, antes de proceder a la exposición de esta propuesta, resulta necesario realizar una serie de precisiones.

Primera: La Ley 14/2006 de técnicas de reproducción humana asistida declara la nulidad de pleno derecho de los contratos de gestación por sustitución; (b) establece que la filiación de los hijos así nacidos de determina por el parto; y (c) a diferencia de las legislaciones de otros Estados de nuestro entorno que no permiten la GS, la Ley 14/2006 contempla la posibilidad de que tras el nacimiento del niño en España pueda procederse a la determinación legal de la filiación a favor de los comitentes, siempre y cuando la madre gestante (madre legal) así lo consienta. Esto explica que en nuestro país la gestación por sustitución “*per se*” no esté tipificada como delito.

La nulidad de tales contratos celebrados en España junto a la situación de incertidumbre jurídica que se podría derivar de un proceso de gestación por sustitución en ausencia de un acuerdo entre las partes habida cuenta del necesario recurso a técnicas de reproducción humana asistida, conducen a muchos ciudadanos españoles a dirigirse a otros Estados, principalmente, Canadá, EEUU y Ucrania, donde dicha práctica está permitida.

¹ BOE núm. 105, de 1 de mayo de 2025.

² BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010 y BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2019, respectivamente. A través de dichas Instrucciones la inscripción de los nacimientos mediante gestación por sustitución era posible en España siempre y cuando se aportara por parte de los promotores una sentencia judicial de un tribunal extranjero que garantizara los derechos de las partes mas vulnerables en el proceso: madre gestante y menor, y se cumplieran una serie de condiciones para poder otorgar el reconocimiento a dicha sentencia.

³ ECLI:ES:TS:2024:5879.

Segunda: Aquellos Estados que permiten la gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida cuentan con una regulación muy dispar. Aun así, y reduciendo al máximo las diferencias entre las distintas regulaciones, cabría distinguir dos tipos: aquéllas que exigen la intervención de una autoridad judicial en el proceso de gestación por sustitución (Canadá y EEUU); y aquéllas otras en las que la gestación por sustitución se lleva a cabo sin intervención de autoridad judicial (Ucrania).

Tercera: En aquellos Estados donde se exige la intervención de una autoridad pública en el proceso de gestación por sustitución, la determinación judicial de la filiación puede tener lugar antes del nacimiento del niño/a (*Pre-Birth Order*) o después del nacimiento del niño (*Post-Birth Order*). En este último supuesto, el tribunal interviene en dos momentos distintos: (a) antes de que se inicie el proceso de gestación por sustitución, validando/autorizando el contrato entre los comitentes y la madre gestante; (b) tras el nacimiento del niño, determinado judicialmente la filiación en tanto que la madre gestante se considera madre legal tras el parto.

En EEUU, todos aquellos *States* que permiten la gestación por sustitución contemplan en su legislación esta última modalidad de doble intervención judicial, en algunos casos como vía alternativa a las *Pre-Birth Order* y, otros como única forma de llevar a cabo el proceso de gestación por sustitución⁴.

Cuarta: La fundamentación jurídica que aquí se comparte toma como referencia aquellos supuestos de gestación subrogada que han tenido lugar en países donde la determinación de la filiación del menor ha tenido lugar judicialmente tras el nacimiento (caso de algunos *States* de los EEUU) contando para ello con el consentimiento de la madre gestante, madre legal tras el parto.

II. Propuesta de recurso contra la Instrucción DGSJFP 2025: Fundamentos de Derecho

1. Nulidad de pleno Derecho

5. La Instrucción de 28 de abril de 2025 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (en adelante, DGSJFP) sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución, que sirve como fundamento de Derecho único a la calificación negativa de la solicitud formulada, desestimando la práctica del asiento interesado por el promotor/a, es nula de pleno Derecho por los motivos que a continuación se exponen.

6. El Título IV de la CE establece en su artículo 103 los principios que han de regir la actuación de las Administraciones Públicas, destacando entre ellos, *el principio de eficacia, el principio de jerarquía normativa y el principio de legalidad* al imponer el sometimiento pleno de la actividad administrativa, incluida la potestad reglamentaria, a la ley y al Derecho. Así lo recuerda la *Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, al disponer en su art. 34.2 que: “*el contenido de los actos administrativos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico*” y al proclamar la nulidad de pleno derecho no sólo de los actos de las Administraciones Públicas que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional (art. 47.1, apartado a) *Ley 39/2015*) sino también de “*las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior; las que regulen materias reservadas a la Ley y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*” (art. 47. 2 *Ley 39/2015*).

7. De igual modo, la *Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público* tras reiterar el mandato constitucional de sometimiento pleno de la actividad de las Administraciones Públicas a la Constitución, a la Ley y al Derecho (art. 3.1 *Ley 40/2015*) reconoce, entre otras cuestiones, poder reglamentario a los órganos administrativos para dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio (art. 6 *Ley 40/2015*) y establece las

⁴ Vid <https://creativefamilyconnections.com/us-surrogacy-law-map/>.

competencias de las Direcciones Generales como órganos directivos encargados de la gestión de una o varias áreas funcionalmente homogéneas del Ministerio correspondiente (art. 66 Ley 40/2015).

8. Concretamente, y por lo que a las competencias y funciones atribuidas legalmente a la DGSJFP se refiere, como órgano dependiente del Ministerio de Justicia y por tanto como parte integrante de la Administración General del Estado, quedan recogidas en la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (art. 2 y arts. 25 y 26) y en Real Decreto 204/2024, de 27 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de la Presidencia, Justicia y relaciones con las Cortes, y se modifica el Real Decreto 1012/2002, de 5 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica de la Abogacía General del Estado, se regula la inspección de los servicios en su ámbito y se dictan normas sobre su personal (art. 7).

9. La competencia reglamentaria atribuida legalmente a la DGSJFP no puede ejercerse, sin embargo, ni al margen de sus funciones ni al margen de la CE, de la ley y del Derecho, tal y como acontece con la Instrucción de 28 de abril de 2025. La mencionada Instrucción contraría por su contenido y por su carácter de aparente disposición general, los arts. 9, 14, 24, 39, 117 y 122 CE. También resulta contraria a lo establecido en la misma Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (art. 11, apartados a), b), i), arts. 13 y 14, art. 26.2, arts. 27-30, art. 33 LRC, art. 44 y art. 96 LRC); la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil y mercantil (arts. 41-61); la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, modificada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio (arts. 21, 22 y 22 quáter d)); y Código Civil (arts. 115 y 120).

10. La Instrucción DGSJFP de 28 de abril de 2025 dispone que:

- (1) *“En ningún caso se admitirá por las personas encargadas de los Registros Civiles, incluidos los Registros Civiles Consulares, como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación de los nacidos mediante gestación subrogada una certificación registral extranjera, o la simple declaración acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor, ni sentencia firme de las autoridades judiciales del país correspondiente” (Directriz Segunda);*
- (2) *“(…) La determinación de la filiación se efectuará a través de los medios ordinarios previstos en el ordenamiento español: filiación biológica, en su caso, respecto de alguno de los progenitores de intención y filiación adoptiva posterior cuando se pruebe la existencia de un núcleo familiar” (Directriz Cuarta).* Por tanto, la inscripción del nacido/a mediante esta práctica en el Registro Civil, solo se permitirá, según señala el propio Centro Directivo en el segundo párrafo de la Instrucción, *“a través del ejercicio de la acción de reclamación de la paternidad por parte del padre biológico y la de reclamación de la paternidad correspondiente al hijo. El procedimiento se regula en los artículos 764 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y son competentes los tribunales españoles en virtud de los criterios sobre competencia judicial internacional fijados en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”.*

A) Contrariedad con el derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito internacional (art. 24 CE, arts. 41-61 LCJIMC, arts. 9-12 LJV y arts. 94-100 LRC)

11. Una norma como la Instrucción DGSJFP 28 de abril de 2025 que impide sistemáticamente que las decisiones extranjeras produzcan efectos en España vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y el derecho a un “proceso equitativo” (art. 6 CEDH 1950). El TEDH ha declarado que el derecho a un proceso equitativo (art. 6 CEDH 1950) comprende no sólo el derecho de “acceso a un tribunal” sino también el derecho a una “ejecución efectiva de la decisión obtenida” (STE-DH 19 marzo 1997, *Hornsby vs. Grecia*⁵).

⁵ ECLI: CE: ECHR:1997: 0319JUD001835791

12. Tanto las normas sobre eficacia extraterritorial de decisiones extranjeras como las normas de competencia judicial internacional, que forman parte del Derecho Internacional Privado español (en adelante, DIPr), encuentran su fundamento último en el art 24 CE.

La CE reconoce en su artículo 24 el derecho a una tutela judicial efectiva tanto a los nacionales como a los extranjeros y, además, reconoce a todos los particulares una esfera de libertad privada que comprende también la dimensión internacional. Corresponde al DIPr garantizar una realización transfronteriza adecuada de los derechos subjetivos entre particulares en un mundo caracterizado por el fraccionamiento jurisdiccional. De este derecho de los particulares se deriva un correlativo deber prescricional del Estado de proporcionar dicha tutela judicial efectiva internacional.

13. El contexto internacional no modifica el contenido del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, pero sí la forma de prestar esa tutela por parte del Estado. La tutela judicial internacional se presta de dos formas: (a) a través de un proceso de cognición en el foro, en el que se solicita del juez nacional una resolución mediante la que declare un derecho, constituya o modifique una relación o imponga una prestación (*tutela por declaración*); o (b) a través del reconocimiento en el foro de la resolución judicial o extrajudicial adoptada por una autoridad extranjera declarando ese derecho, constituyendo o modificando esa relación, o imponiendo esa prestación (*tutela por reconocimiento*). El sistema de competencia judicial internacional y el sistema de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras previsto en el ordenamiento jurídico español se dirigen a garantizar a la ciudadanía un derecho fundamental: el derecho a la tutela judicial efectiva en sus dos modalidades en el ámbito internacional⁶.

14. La tutela judicial efectiva exige evitar, hasta donde sea posible, las decisiones claudicantes, inefectivas e inejecutables en España. El legislador incurriría en denegación de justicia si no estableciese un sistema de reconocimiento de decisiones extranjeras, sin perjuicio de que legalmente se puedan establecer condiciones que garanticen que tales decisiones puedan desplegar sus efectos en nuestro país sin vulnerar los principios esenciales del foro. Pero también incurriría en denegación de justicia si existiendo tales normas impidiera su aplicación, tal y como pretende la Instrucción DGSJFP 218 abril 2025, contraviniendo con ello además el principio de jerarquía normativa (art. 9 CE).

15. En Derecho español, el sistema de validez extraterritorial de decisiones extranjeras en materia de estado civil viene establecido en los arts. 94 a 100 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Dichas disposiciones, por su carácter especial, prevalecen sobre el sistema general previsto en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil y mercantil (art. 2 y Disposición Adicional Primera, apartado c) Ley 29/2015).

16. Según disponen los arts. 27 y 28 LRC y arts. 81-85 RRC, son títulos aptos para acceder al Registro Civil, entre otros: los documentos extranjeros que cumplan los requisitos establecidos en los arts. 96 y 97 y las certificaciones registrales extranjeras (art. 98 LRC).

17. Impedir, tal y como pretende la Instrucción DGSJFP 28 abril 2025, el acceso de las decisiones extranjeras al Registro Civil, imposibilitando con ello la aplicación de los mecanismos de validez extraterritorial previstos en la propia legislación registral y obligando a los promotores a iniciar un procedimiento judicial *ex novo* en España, no solo perjudica la seguridad jurídica (art. 9 CE) -un mismo caso puede ser objeto de soluciones jurídicas distintas-, sino que además es contrario a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

Los ciudadanos/as tienen derecho a solicitar a las autoridades españolas una tutela por reconocimiento y las autoridades españolas están obligadas a prestarla aplicando los mecanismos legalmente previstos en el ordenamiento jurídico español. Todo ello, sin perjuicio de que se puedan establecer por

⁶ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 267-276 y pp. 854-860; M. VIRGÓS SORIANO Y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., 2007, Thomson/Civitas, Madrid, pp. 37-45 y pp. 541-556

ley condiciones que garanticen que tales decisiones puedan desplegar sus efectos en nuestro país sin vulnerar los principios esenciales del foro.

B) Contrariedad con el art. 117 y art. 122 CE y art. 22 LOPJ

18. Tanto el sistema de competencia judicial internacional (tutela por declaración) como el sistema de validez extraterritorial de decisiones extranjeras (tutela por reconocimiento) previsto en el ordenamiento jurídico español, se hallan *inextricablemente* vinculados. Ambos sistemas funcionan como vasos comunicantes, por consiguiente, precisan de una regulación coordinada.

19. De tal suerte que la prohibición impuesta por la Instrucción de 28 de abril de 2025 de aplicar las normas de reconocimiento de decisiones extranjeras en materia de filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero conlleva automáticamente la inadmisión por parte del Estado español de la competencia judicial internacional que otras autoridades extranjeras pudieran tener para conocer de este mismo asunto. La obligación impuesta a la ciudadanía, en tales casos, por la mencionada Instrucción de iniciar en España un procedimiento “*ex novo*” para determinar la filiación de los así nacidos en el extranjero, así lo confirma.

20. Con ello, la Instrucción de 28 de abril de 2025 estaría atribuyendo a los tribunales españoles un foro de competencia judicial internacional de carácter exclusivo en materia de determinación de la filiación de los menores nacidos en el extranjero mediante gestación subrogada, foro no contemplado en el art. 22 LOPJ. El Centro Directivo a través de una Instrucción y por vía reglamentaria, estaría modificando la LOPJ, contraviniendo con ello el mandato constitucional del art. 122 CE (reserva de ley orgánica) y el principio de determinación legal de la competencia de jueces y tribunales españoles (art. 117 CE, art. 9 LOPJ y art. 22 *octies*, apartado 3 LOPJ).

21. En definitiva, el Centro Directivo a través de la Instrucción de 28 de abril de 2025 instaura en el sistema de Derecho internacional privado español, extralimitándose de las funciones y competencias que le están atribuidas por ley, un modelo soberanista de competencia judicial internacional y reconocimiento de decisiones extranjeras, modelo abandonado por el legislador tras la Constitución española de 1978.

C) Contrariedad con el art. 14 y art. 39 CE y art. 8 CEDH 1950

22. La prohibición impuesta por la Instrucción DGSJFP 28 abril 2025 de aplicar los mecanismos de validez extraterritorial previstos en el ordenamiento jurídico español (arts. 94-100 LRC, arts. 41-60 LCJIMC; art. 12 LJV) a las decisiones extranjeras que establecen legalmente el vínculo de filiación de los menores nacidos mediante gestación por sustitución, y obligan a los progenitores a iniciar de nuevo un procedimiento de filiación en España, pone a estos menores en una situación de *incertidumbre legal injustificada*. Estos niños, que dicho sea de paso ya tienen una filiación legalmente determinada en el país donde nacieron, se ven privados por parte del Estado español de sus derechos más fundamentales: derecho a ser inscrito, el derecho a un nombre, a una nacionalidad, a tener la filiación determinada, en definitiva, su derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH 1950).

23. La razón última que induce a la DGSJFP, a través de la Instrucción de 28 abril 2025, a supeditar el reconocimiento y ejercicio de los derechos fundamentales de los menores nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución a la resolución que dicten los tribunales españoles sobre su filiación no es otros sino el “*carácter de la generación*”. Con ello el Centro Directivo no solo atenta contra el principio de igualdad y no discriminación (art. 14 CE) sino también contra el deber de los poderes públicos de asegurar una protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación (art. 39 CE, arts. 2, 10 y 11 LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor,

sino que además vulnera de manera flagrante el Convenio de Nueva York de los Derechos del Niño, de 20 noviembre 1989 (arts. 2, 3, 4, 7, 16 y 18).

24. A tales efectos, cabe recordar que el CNYDN 1989 dispone que:

Art. 2.1 CNYDN: “*Los Estados Parte respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales*”.

Art. 3 CNYDN: “*1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas*”.

Art. 4 CNYDN: “*Los Estados Parte adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención (...)*”

Art. 7. 1 CNYDN: “*El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Parte velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida*”.

Art. 8. 1 CNYDN: “*Los Estados Parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Parte deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad*”.

Art. 16.1 CNYDN: “*Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques*”.

Art. 18 CNYDN: “*1. Los Estados Parte pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. 2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Parte prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños*”.

25. Con este telón de fondo, marco de la legalidad vigente en España, resulta difícil sostener, tal y como pretende el Centro Directivo, que las medidas contempladas en la Instrucción 28 de abril de 2025 se dirigen a proteger a los menores, cuando en realidad con dichas medidas se les está privando de sus derechos más fundamentales.

26. Finalmente, señalar que la propia LRC (2011), una de cuyas principales novedades con respecto a la ley anterior fue la incorporación de la CNYDN 1989 en su propio articulado (Exposición de Motivos), establece como derechos de las personas ante el Registro Civil español: a) El derecho a un nombre y a ser inscrito mediante la apertura de un registro individual y la asignación de un código personal; b) El derecho a la inscripción de los hechos y actos que se refieren a su identidad, estado civil y demás circunstancias personales que la Ley prevea; y c) El derecho a la igualdad de género y al pleno

reconocimiento del principio de igualdad, en todas sus manifestaciones, en materia de Derecho del Registro Civil (art. 11, letras a, b, y h) LRC, respectivamente). De igual forma, se reconoce el derecho de toda persona a promover la inscripción de determinados hechos y actos dirigidos a la protección de los menores, las personas mayores y otras personas respecto de las cuales la inscripción registral supone una particular garantía de sus derechos (art. 11, letra i) LRC 2011).

D) Contrariedad con el art. 96.1 CE y art. 94 LRC

27. Las normas de Derecho internacional privado español, ya sean de competencia judicial internacional, de ley aplicable o de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras, solo pueden aplicarse en defecto de instrumentos internacionales o europeos. Así lo indica el art. 96.1 CE y lo vuelve a recordar el art. 94 LRC al regular el régimen de acceso de los documentos públicos extranjeros al Registro Civil español.

28. Si bien es cierto que sobre esta materia no existe normativa europea que pueda resultar de aplicación, no lo es menos que existen una diversidad de convenios bilaterales en vigor para España que regulan la validez extraterritorial de decisiones extranjeras.

29. Los Tratados internacionales una vez celebrados válidamente por España y publicados en el BOE adquieren fuerza de ley (art. 96 CE y art. 1.5 CC). Pero, no pueden ser modificados por una ley estatal y menos aún por una Instrucción de la DGSJFP.

30. Por todo lo anteriormente expuesto, la Instrucción DGSJFP puede considerarse nula de pleno derecho (arts. 9 y 103 CE y art. 47 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

2. La necesaria aplicación del art. 96 LRC

31. Consecuentemente con lo anterior, la solicitud de la inscripción de nacimiento y filiación solicitada por el promotor debe quedar sujeta a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico español (arts. 27-30 y 33 LRC y art. 96 LRC). Y siendo la sentencia extranjera de determinación de la filiación de los menores nacidos mediante gestación por sustitución, título apto para acceder al Registro Civil español, ha de aplicarse por parte de la autoridad registral española, con vistas a su calificación, el régimen previsto en el art. 96 LRC para el acceso de las resoluciones judiciales extranjeras al Registro Civil español. Y es en este marco jurídico, y no al margen de la Constitución, la ley y del Derecho donde deben analizarse los fundamentos jurídicos esgrimidos por la DGSJFP para sustentar la Instrucción de 28 de abril de 2025.

32. El art. 96 LRC prevé, en defecto de aplicación de instrumentos internacionales (art. 96 CE y art. 94 LRC), dos mecanismos para la inscripción de resoluciones extranjeras: (a) la previa superación del trámite del *exequatur* contemplado en la LCJIMC en caso de resoluciones recaídas en jurisdicción contenciosa, o en la LJV en el supuesto de resoluciones de jurisdicción voluntaria; y (b) el reconocimiento incidental registral.

33. En este último supuesto, -reconocimiento incidental registral-, será el Encargado del Registro Civil quien proceda a verificar que la resolución judicial extranjera, que pretende acceder al Registro Civil español, reúne las condiciones exigidas legalmente, a saber: (a) Que el documento presentado cumpla los requisitos de regularidad y autenticidad formal -legalización/apostilla y traducción si fuera necesario (art. 95 LRC)-; (b) Que el Tribunal del Estado de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española (competencia indirecta); (c) Que las partes hayan sido debidamente notificadas y con suficiente tiempo para preparar

el procedimiento; (d) Que la inscripción de la resolución no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español. Además, resulta necesario que la resolución judicial sea firme, o en caso de tratarse de una resolución de jurisdicción voluntaria que sea definitiva (art. 96.1 LRC).

34. Contra la resolución del Encargado del Registro Civil, los interesados pueden: (a) solicitar el *exequátur* de la resolución judicial; o (b) interponer recurso ante la DGFJFP en los términos previstos en la LRC. En ambos casos se procederá a la anotación de la resolución en los términos previstos en el art. 40, apartado 5, ordinal 5º LRC.

3. El art. 10 LTRHA: una norma imperativa

35. Cuando la resolución judicial extranjera que se pretende reconocer en España ya sea en sede registral (acceso al Registro Civil) ya sea en sede judicial (*exequátur*), versa sobre la determinación de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, el principal problema jurídico que se suscita gira en torno a la compatibilidad con el orden público internacional español, concretamente con el art. 10 de la LTRHA. Así lo señala el propio TS en su Sentencia 1626/2024, de 4 de diciembre de 2024, que sirve de fundamento único a la Instrucción DGSJFP 28 de abril d 2025 al indicar que “(...) la *ratio decidendi* de la resolución recurrida es que el reconocimiento de la sentencia extranjera es contrario al orden público, lo que constituye una causa de denegación del reconocimiento de la resolución extranjera previsto en el art. 46.1 a) de la Ley 20/2015” (FD Segundo).

36. Resulta de especial importancia advertir que el “orden público” al que se refiere tanto el art. 46.1 a) Ley 20/2015 como el art. 96 LRC es el “orden público internacional”, y no el “orden público interno”. Esta distinción de figuras afines, pero dispares, es de suma importancia a la hora de determinar, “en el caso concreto”, si la resolución judicial extranjera que establece el vínculo de filiación de los nacidos mediante gestación subrogada y cuyos efectos se pretenden ahora reconocer en España atenta o no contra los principios más esenciales del ordenamiento jurídico del foro. Conviene recordar también que el orden público internacional nunca puede aplicarse ni con carácter general ni con carácter preventivo.

A) Normas imperativas, normas internacionalmente imperativas y orden público internacional

37. Según el art. 10 LTRHA:

- “1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o un tercero.
2. La filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

38. Dicha disposición presenta carácter imperativo y, por tanto, forma parte del orden público interno (que opera en casos puramente domésticos). Ahora bien, que el art. 10 LTRHA sea una norma imperativa no implica que, “*per se*”, forme parte del orden público internacional español (que opera con casos vinculados con varios ordenamientos jurídicos). De ser así, esto es, si todas las normas imperativas del Derecho español integraran el orden público internacional, no sería posible aplicar a casos internacionales un Derecho extranjero que no fuera igual al Derecho español. Tampoco sería posible reconocer efectos a las sentencias extranjeras que no hubiesen aplicado la ley del foro. Dicha situación, sin embargo, resulta incompatible con el deber de cooperación internacional del Estado español derivado del art. 24 CE y con la obligación de prestar tutela judicial internacional efectiva a la ciudadanía en un mundo globalizado. Aceptada la competencia del tribunal de origen, la divergencia de resultados no es ni debe ser motivo de rechazo del reconocimiento. Ahora bien, el ordenamiento del foro no puede re-

cibir ni dejar valer en su ámbito cualquier resultado. Sino solo aquellos resultados que sean compatibles con su sistema básico de valores, esto es, resultados que sean tolerables. Por eso, todos los Estados se reservan la posibilidad de no reconocer decisiones extranjeras cuando contradigan su “orden público”⁷.

39. El orden público internacional está integrado por principios fundamentales del ordenamiento jurídico del foro, principios que, en definitiva, hacen posible la cohesión y la paz social. Su función es trasladar al ámbito internacional los valores fundamentales del ordenamiento del foro para preservarlos. Ello explica que el orden público no opere con los mismos contenidos en el ámbito meramente interno y en el ámbito internacional (STC 43/1986, de 15 de abril)⁸.

40. El art. 10 LTRHA tampoco es una norma internacionalmente imperativa. De serlo, el legislador español hubiese previsto expresamente la extensión de la aplicación de la mencionada disposición a los supuestos internacionales, algo que no acontece. De haberse previsto así en la LTRHA, el art. 10 podría ser aplicado con carácter preventivo y general a todo tipo de casos, no solo internos sino también internacionales. Pero, el art. 10 LTRHA no prevé dicha posibilidad.

41. Ahora bien, que el art. 10 LTRHA, a pesar de su carácter imperativo, no pueda considerarse “*per se*” parte integrante del orden público internacional y que tampoco sea una norma internacionalmente imperativa, no significa que de la mencionada disposición no puedan extraerse determinados principios que puedan considerarse “fundamentales” para el ordenamiento jurídico español. De ser así, dichos principios fundamentales pasarían a formar parte integrante del orden público internacional español. Pero, *sólo podrían aplicarse con carácter restrictivo y en el caso concreto, nunca de forma preventiva y general*. Y ello es así porque el orden público internacional supone el fracaso de la cooperación internacional, fracciona territorialmente los derechos, propiciando las situaciones claudicantes y expone a los interesados a decisiones contradictorias. Para que pueda intervenir el orden público internacional resulta necesario que la diferencia sea tan grave que el reconocimiento de la sentencia extranjera choque de manera inaceptable con el ordenamiento del Estado receptor por menoscabar un principio fundamental. En ningún caso basta con que se trate de una norma imperativa que los tribunales del foro hubiesen estado obligados a aplicar de haber conocido del caso; es necesario que los valores esenciales del ordenamiento jurídico resulten afectados en el caso concreto.

B) Principios esenciales del ordenamiento jurídico español derivados del art. 10 LTRHA

42. Del art. 10 LTRHA, que ya aparecía recogido en idéntica forma en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, cabe extraer los siguientes principios fundamentales: (a) La filiación materna no puede ser objeto de contrato; (b) La maternidad legal queda determinada por el parto; (c) Tras el nacimiento del niño, puede determinarse la filiación a favor de los comitentes siempre y cuando concurren dos requisitos: (1) consentimiento de la madre legal/madre gestante; (2) vinculación genética con uno de los padres de intención.

(a) La filiación materna no puede ser objeto de contrato

43. Nuestro legislador declara nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero (art. 10.1 LTRHA), vinculando la maternidad legal al parto (art. 10.2 LTRHA). Con ello,

⁷ Sobre el orden público internacional y la distinción de figuras afines, vid.: Vid. A.-L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 783-827 y pp. 978-985; M. VIRGÓS SORIANO Y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., 2007, Thomson/Civitas, Madrid, pp. 639-650.

⁸ BOE núm. 102, de 29 de abril de 1986.

la ley trata de evitar que tanto los intermediarios como los padres de intención puedan tener vinculación jurídica y obligaciones con la mujer gestante antes del nacimiento del niño. Nada cabe exigir amparándose en el contrato: ni entrega del hijo alumbrado ni cantidades o prestaciones prometidas.

44. Un contrato así, en el que se transfiriere contractualmente la filiación antes del nacimiento, perdiendo la mujer gestante todos los derechos que le pudieran corresponder sobre el embarazo y sobre el niño que está gestando y obligándose por contrato a entregarlo a los comitentes en el momento del parto resultaría contrario a la dignidad de la mujer/madre y en general de la persona humana y convertiría al niño en objeto de comercio.

45. Sin embargo, el legislador español, a diferencia de lo que sucede en otros Estados de nuestro entorno que prohíben la gestación por sustitución (*ad. ex*: Francia, Italia), no sanciona penalmente la gestación por sustitución. No existe en el ordenamiento jurídico una prohibición expresa ni dicha práctica en sí misma considerada constituye delito. El Derecho español, actualmente vigente, sólo prevé una sanción civil para los contratos de gestación por sustitución que se pudieran celebrar en España (nulidad de pleno derecho) sin perjuicio de que, en determinados supuestos, como bien indica el propio TS, los acuerdos de gestación por sustitución pudieran quedar subsumidos en el tipo penal del art. 221. 1 CP.

46. En España, la gestación por sustitución no es delito porque el propio legislador ha tenido y tiene en consideración otros supuestos que no serían contrarios ni a la dignidad humana ni a los derechos del niño. Serían aquellos casos en los que una mujer se brinda voluntariamente y de forma altruista a gestar un preembrión de la pareja o de la mujer que, por problemas de infertilidad, no puede en absoluto darle vida humana y que una vez nacido el niño no desea retenerlo como hijo propio. En tales supuestos, la madre gestante consiente libre y expresamente la fecundación in vitro, sin obtener una ventaja material de la operación más allá de los gastos estrictamente vinculados a un proceso de gestación, se utiliza material genético de al menos uno de los comitentes, y la madre gestante que bajo ningún concepto pierde los derechos parentales sobre el hijo, puede retenerlo tras su nacimiento⁹.

Estos casos son tenidos en cuenta por el legislador español en la LTRHA, que tras declarar nulo y sin valor cualquier contrato por el que la mujer gestante renuncia a la filiación materna, vincula la maternidad al parto (art. 10.2 LTRHA), pero deja el camino despejado para que la madre legal (gestante) pueda facilitar, si así lo desea, la determinación de la filiación a favor de los comitentes siempre que exista vinculación biológica con al menos uno de ellos (art. 10.3 LTRHA). En España, tales acuerdos serían posibles, no a través de un contrato (que es nulo de pleno derecho, en virtud del art. 10.1 LTRHA, pero sí a través de una simple promesa.

47. El art. 10.3 LTRHA carecería de sentido de no ser por la toma en consideración por parte del legislador español de estos “supuestos” de gestación por sustitución, basados en un proyecto de filiación parental común en el que todas las partes implicadas manifiestan su consentimiento libre y expreso antes de la implementación embrionaria y en los que, la mujer gestante, considerada madre legal tras el parto (art. 10. 2 LTRHA) puede retener al hijo tras el nacimiento, y decidir libremente si se determina la filiación a favor de los comitentes. Precisamente, es esta la posición que ya defendía el Informe del Consejo de Europa (CAHBI-GT 87) que sirvió de inspiración al legislador español en 1988.

48. Similar posición mantiene, más recientemente y en el ámbito internacional, la *Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños*. En el Informe de 15 de enero de 2018, presentado ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, (A/HRC/60) que contiene un estudio temático sobre la gestación por sustitución, así como recomendaciones sobre la manera de hacer efectiva la prohibición de la venta de niños y prevenir que esta tenga lugar, se establece en qué

⁹ Vid. J.L. LACRUZ BERDEJO, F.SANCHO REBULLIDA Y F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Derecho de Familia*, 3ª ed., vol. 21, Ed. Bosch, Barcelona, 1989, pp. 163-166.

supuestos los contratos de gestación por sustitución pueden considerarse venta de niños de conformidad a la normativa internacional (según el art. 2 a) del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía), y cuándo no.

49. Según el Informe de la Relatora Especial (2018), para que la gestación por sustitución de carácter comercial puede llevarse a cabo sin que constituya venta de niños, resulta esencial, que la madre de alquiler solo pueda recibir un pago/remuneración por los servicios de gestación y no por el traslado jurídico y físico del niño. Además, han de darse las siguientes condiciones: (1) Debe otorgarse la condición de madre a la mujer gestante en el momento del parto, momento en el que no debe estar sujeta a ninguna obligación contractual o jurídica a efectos de participar en el traslado físico o jurídico del niño.; (2) El contrato de gestación por sustitución solo puede tener por objeto el acto de gestación y parto, no la patria potestad y la responsabilidad parental ni la entrega del niño; (3) La madre de alquiler debe recibir todos los pagos antes del traslado jurídico y físico del niño. Todos los pagos han de tener carácter no reembolsable, incluso si la madre de alquiler opta por conservar la patria potestad y la responsabilidad parental tras el parto; (4) La madre de alquiler no puede estar obligada a renunciar a su condición de madre con arreglo al contrato de maternidad subrogada; (5) Si la madre de alquiler opta, después del parto, por renunciar a la patria potestad y entregar al niño a los comitentes, su acto debe ser totalmente gratuito (puntos 72 a 74).

(b) La maternidad legal queda vinculada al parto

50. Frente al viejo principio paulino *mater semper certa est*, enunciado para el caso de mujer que pone óvulo, fecundado en acto sexual, y que luego gesta y alumbró el hijo, se presenta a través de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida una nueva realidad: la de la mujer que no busca ni desea en principio hijo propio y que no proporciona, tampoco, óvulo, ni hay acto sexual, sino que sólo pone su útero para la gestación de un óvulo ajeno, fecundado in vitro. Puede haber así, tres mujeres implicadas en el nacimiento del nuevo ser: la comitente (mujer o pareja) que toma la iniciativa y la decisión última y es causa primera de dicho nacimiento; la que proporciona el óvulo, y la que lleva a término la gestación. Si una de aquellas tres, ha de ser madre, lo único claro es que ninguna de ellas es la madre que PAULO daba siempre como cierta, ni la suya es la maternidad histórica clásica. Pero, sin embargo, hay que dar una madre al nacido en tales circunstancias¹⁰.

51. El legislador español considera que, de las tres participaciones anteriormente mencionadas, la función que más se acerca a la madre es la de la mujer que durante nueve meses gesta. Dispone así el art. 10. 2 LTRHA que: “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”. A pesar de que existen otras soluciones legales, el criterio elegido por el legislador español para determinar la filiación materna en los casos de gestación subrogada ofrece seguridad jurídica, coincide con el art. 44 LRC, y es congruente con la invalidez e ineficacia de cualquier contrato sobre gestación por sustitución que tenga por objeto la renuncia de la maternidad a favor de tercero antes del nacimiento. Dicho principio disuade frente a los que quieran saltarse la ley celebrando un contrato (art. 10.1 LTRHA) Pero, al mismo tiempo, deja la puerta abierta a la gestación por sustitución altruista, permitiendo que la mujer que gestó para otros y que no quiere retener al hijo nacido como suyo pueda renunciar al mismo, procediéndose a la determinación de la filiación respecto a los comitentes tras el parto (art. 10.3 LTRHA).

c) Determinación de la filiación de los nacidos en España mediante gestación por sustitución

52. El art. 10 TRHA, tras ligar la filiación de los nacidos por gestación por sustitución al parto (art. 10. 2 LTRHA), establece en el apartado 3 que: “*Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales*”. Siguiendo una interpreta-

¹⁰ *Ibidem* p. 165.

ción sistemática de la norma, incluida en el capítulo III del mencionado texto legal (arts. 5-10 LTRHA), debe entenderse que las reglas generales a que se remite son, en principio, las del Código civil, pero también las del art. 7. 3 LTRHA y art. 8 LTRHA.

53. A efectos de determinación de la filiación de los nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida heterólogas, la LTRHA remite en este punto a las normas generales (Código Civil), disponiendo que: “*la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción humana asistida se regulará por las normas vigentes, a salvo de las especialidades contenidas en este Capítulo*” (art. 7.1 LTRHA). Y añade seguidamente que “*en ningún caso la inscripción en el registro civil reflejará datos de los que pueda inferirse el carácter de la generación*” (art. 7. 2 LTRHA).

Cuando existe contribución de donante o donantes, en Derecho español la paternidad del nacido corresponde al varón (casado o no) que ha prestado el **consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación** (art. 8.1 y 2 LTRHA). Admitiéndose también la maternidad por consentimiento en el caso de matrimonio o pareja de hecho entre dos mujeres (art. 7.3 LTRHA).

De tal suerte que: (a') *si la mujer gestante está casada*, y se inscribe el nacido como hijo suyo, será de aplicación inicial la presunción del art. 116 Cc. Y se atribuirá la paternidad a su marido (quien obviamente puede impugnarla). Frente a esta atribución legal de paternidad puede accionar judicialmente el varón de la pareja comitente que con sus gametos participó genéticamente en el nacimiento del hijo que ha gestado y parido la madre gestante (legal). El art 10. 3 LTRHA parece prever la reclamación de paternidad, -que en este supuesto tiene que ir acompañada de impugnación de la paternidad formal (art. 134 CC) – sólo a favor del padre biológico, pero según las reglas sobre filiación contenidas en la LTRHA también cabría la reclamación del varón comitente que consintió una fecundación de la gestante con contribución de donante. (b') *Si la mujer gestante no está casada*, no habrá paternidad/es legalmente determinada hasta que por reconocimiento solemne o por expediente registral (arts. 49 LRC y art. 8.2 LTRHA) o por acción de reclamación de filiación así resulte. La paternidad atribuida al comitente que ha proporcionado el semen para la fecundación de la mujer gestante comporta su consentimiento a la operación y procreación correspondiente. La paternidad predicada es consecuencia de la participación biológica (por los gametos aportados) y volitiva de esa persona en la procreación y nacimiento. Pero como en este caso no hay presunción legal como en un matrimonio, esa paternidad solo será jurídica por los mecanismos del art. 120 CC: por reconocimiento formal (art. 120.1 CC), por resolución recaída en expediente registral (art. 120-2 CC, en relación con el art. 49 LRC, considerándose escrito indubitado el consentimiento a la fecundación que en la práctica exigen todos los centros especializados, (art. 8.2 LTRHA) o por sentencia firme (art. 120-3 CC), con ejercicio de la acción de reclamación, sometida a las reglas ordinarias (arts. 131 y 133 CC), en cuyo caso la prueba de la fecundación artificial de la madre con semen del varón constituirá uno de aquellos “*otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo*” (art. 135 CC). Con respecto al comitente, sea varón o mujer, que no ha aportado material genético, la paternidad/maternidad del nacido en aplicación del art. 8.2 LTRHA y art. 44 LRC, corresponde a la persona que ha prestado el consentimiento de referencia, que conlleva una asunción de responsabilidad y de rol social de padre/madre. No obstante, también sería posible el reconocimiento voluntario, la reclamación de paternidad/maternidad (art. 8.2 in fine LTRHA y art. 7.3 LTRHA por analogía), o en su caso, la adopción (art. 176 CC).

54. Por tanto, y de conformidad con todo lo anteriormente expuesto, en España es perfectamente posible determinar la filiación de los nacidos en nuestro país mediante gestación por sustitución a favor de los comitentes, siempre y cuando: (1) la madre gestante/madre legal así lo consienta tras el nacimiento del niño; (2) exista vinculación genética de al menos uno de los comitentes.

4. Decisiones extranjeras en materia de filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y orden público internacional español: la STS 1626/2024

55. Los promotores de la solicitud de la inscripción de nacimiento y filiación, en este caso concreto, han aportado como título apto para acceder al Registro Civil español una sentencia extranjera en

la que se establece el vínculo de filiación entre los niños nacidos mediante gestación por sustitución y los progenitores de intención. La solicitud ha sido calificada negativamente por la autoridad registral competente con base en la Instrucción DGSJFP 28 de abril de 2025. Dicha Instrucción se sustenta en la única sentencia dictada por el TS hasta el momento sobre *exequatur* y gestación por sustitución (STS 1626/2024).

56. Según la STS 1626/2024, de 4 de diciembre de 2024, que sirve de fundamento de Derecho único a la Instrucción DGSJFP, “todas” las decisiones extranjeras sobre filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución vulneran “el orden público español”. De ahí que la DGSJFP, a través de la mencionada Instrucción de 28 de abril de 20225 impida, *contra legem*, la aplicación de los mecanismos de validez extraterritorial de decisiones extranjeras previstos en el ordenamiento jurídico español y obligue a los afectados a iniciar un procedimiento “*ex no*” para la determinación de la filiación en España. Los fundamentos sobre los que se sustentan dicho razonamiento son los siguientes:

57. En primer lugar, para el TS “(...) *lo que vulnera la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, tanto de la mujer gestante como de los menores nacidos en virtud del acuerdo de gestación por subrogación, es la celebración del propio contrato de gestación subrogada, en el que la mujer y el menor son tratados como meros objetos, así como la pretensión de que un contrato, por más que esté validado por una sentencia extranjera, pueda determinar una relación paternofilial. La madre gestante se obliga desde el principio a entregar al niño que va a gestar y renuncia antes del parto, incluso antes de la concepción, a cualquier derecho derivado de su maternidad. El futuro niño, al que se priva del derecho a conocer sus orígenes, se “cosifica” pues se le concibe como el objeto del contrato, que la gestante (...) se obliga a entregar al comitente o comitentes*” (STS 1626/2024, FD TERCERO, apartado 2).

58. En este sentido, resulta más que necesario señalar que no todos los Estados que permiten la gestación por sustitución la regulan de la misma manera. Concretamente y por lo que se refiere a los EEUU, en aquellos *States* que contemplan esta técnica existen importantes divergencias. No obstante, en todos ellos se exige que el contrato celebrado entre la madre gestante y los padres de intención sea elevado a escritura pública o validado por sentencia judicial antes de que se proceda a la implementación embrionaria. Ahora bien, la filiación puede quedar determinada a través de dos vías: (a) una *Pre-Birth Order*; o (b) una *Post-Birth Order*.

En el primer caso (*Pre-Birth Order*), la filiación, a la que efectivamente se ha renunciado por contrato, queda determinada judicialmente antes del nacimiento del niño, perdiendo por tanto la mujer gestante todos los derechos que le pudieran corresponder sobre el niño y sobre el embarazo y atribuyéndose la misma a los comitentes. Consecuentemente, y tras el nacimiento, no queda constancia registral de la mujer gestante.

En el segundo caso (*Post-Birth Order*), la filiación se determina tras el nacimiento del niño. La mujer gestante se considera madre legal tras el parto quedando inicialmente registrada la filiación materna en el Registro Civil del lugar de nacimiento. Una vez nacido el niño, la filiación a favor de los comitentes se determina por resolución judicial respecto a uno de ellos si es padre biológico, y respecto a su pareja bien por “consentimiento”, bien por adopción, algo que dependerá de la legislación de cada *State*, siempre y cuando la madre gestante manifieste su renuncia al hijo.

59. Si la sentencia extranjera que pretende acceder al Registro Civil español como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación de los menores es fruto de una “*Post-Birth Order*”, ni la mujer gestante pudo renunciar por contrato al hijo, ni obligarse a entregarlo en contra de su consentimiento tras el parto. En tales casos, la mujer gestante se considera madre legal, constando así inicialmente en el Registro Civil del lugar de nacimiento, y solo tras el parto, y contando con su consentimiento expreso puede procederse a la determinación judicial de la filiación a favor de los padres de intención.

60. En este contexto, no puede considerarse que el contrato de gestación por sustitución celebrado entre los promotores y la mujer gestante vulnere la dignidad ni el libre desarrollo de la persona-

lidad de la mujer ni del niño, en tanto que ni al futuro niño se le priva de conocer sus orígenes (queda constancia registral inicial de la madre que gestó/madre legal tras el nacimiento), ni se le cosifica al no obligar contractualmente a la gestante a renunciar a la filiación ni a entregar al hijo a los comitentes o a terceros antes del nacimiento y menos aún como consecuencia del contrato.

61. En segundo lugar, según el TS: *“La maternidad subrogada (...) priva al menor de su derecho a conocer su origen biológico, que es reconocido en el art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. Atenta también contra la integridad física de la madre, que puede verse sometida a agresivos tratamientos hormonales para conseguir que quede embarazada (...).* (STS 1626/2024, FD TERCERO, apartado 2)

62. Esta afirmación bien podría ser cierta en aquellos supuestos de determinación de la filiación judicial anterior al nacimiento del niño (*Pre-Birth Order*), en los que la transferencia de la filiación se realiza con anterioridad al nacimiento del niño. Pero, no en aquellos supuestos de determinación judicial de la filiación posterior al nacimiento del niño (*Post-Birth Order*), en los que queda constancia inicial en el Registro Civil de la madre gestante/madre legal tras el parto. Por tanto, el derecho fundamental del niño a conocer sus orígenes (art. 7 CNYDN) queda completamente garantizado.

63. De otro lado, todo tratamiento de reproducción humana asistida, especialmente cuando de fecundación in vitro se trata, implica considerables riesgos para la salud de la mujer. De ahí la importancia de que el consentimiento sea informado y prestado de manera consciente y libre. Por tanto, difícilmente puede entenderse vulnerada la dignidad de mujer si queda acreditado por la documentación aportada, que el consentimiento de la mujer gestante fue informado y manifestado de manera consciente y libre. Cabe recordar, en este sentido, que la dignidad del ser humano en general, principio proclamado por la CE en el art. 10. 1 no es absoluto. Dicho principio ha de ponderarse con **la libertad** como valor supremo del ordenamiento jurídico español proclamado así por el art. 1.1 CE (STC Pleno 44/2023, de 9 de mayo de 2023, FD 1).

64. En tercer lugar, según el TS: *“(...) (El) orden público es incompatible con que (...) los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño (...) posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de «ciudadanía censitaria» en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población”* (STS 1626/2024, FD TERCERO, apartado 2).

65. Si bien es cierto que la falta de regulación internacional en materia de gestación subrogada puede dar lugar a casos de trata de personas, especialmente mujeres y niños, con fines de explotación sexual y reproductiva, no lo es menos que en EEUU, y de conformidad con las exigencias establecidas por la ASRM y el PCSAPT (*American Society for Reproductive Medicine and the Practice Committee for the Society for Assisted Reproductive Technology*), las mujeres que desean ser madres gestantes han de cumplir una serie de requisitos, entre ellos, demostrar cierto nivel adquisitivo.

66. Por otro lado, y a pesar de que en España el Estado garantiza el recurso a las técnicas de reproducción humana asistida a la ciudadanía no lo hace de forma ilimitada. Solo pueden recurrir a través de los servicios públicos de salud, las parejas heterosexuales, las mujeres solteras, y las lesbianas, y en función de la Comunicada Autónoma en la que se resida solo se permiten hasta tres/cuatro intentos de implementación embrionaria. A partir de ahí, las familias que deseen seguir con el proceso de procreación reproductiva asistida han de financiarlo con sus propios medios económicos, pasando a formar parte entonces de lo que el propio Tribunal Supremo, viene a calificar de “ciudadanía censitaria”.

67. En cuarto lugar, según el TS: *“Un contrato de gestación por sustitución como el que fue validado por la sentencia del tribunal de Texas cuyo reconocimiento se pretende en este recurso entraña una*

explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor. Por tanto, el reconocimiento de los efectos de dicha sentencia, que supone el reconocimiento de los efectos del contrato de gestación subrogada validado en tal sentencia, es contrario al orden público” (STS 1626/2024, FD TERCERO, apartado 2).

68. El Tribunal Supremo en su Sentencia 1626/2024, en ningún momento entra a valorar la resolución judicial extranjera, de 20 de noviembre de 2020 que servía de base a la demanda de *exequatur*. Sin embargo, basa su decisión en una resolución judicial procedente del mismo Estado (Texas), con fecha 23 de julio de 2020, aportada por los solicitantes a los solos efectos probatorios. En la sentencia de 20 de noviembre de 2020, cuyo reconocimiento se pretendía en España, la mujer gestante junto a su marido manifestaba expresamente su renuncia al hijo tras el nacimiento; se determinaba la filiación a favor de los padres intencionales; y se ordenaba al Registro civil, -donde ya habían sido inscritos los niños tras el nacimiento como hijos de la madre gestante y su esposo-, la emisión de la correspondiente certificación original de nacimiento. Dicha resolución extranjera ni por su contenido ni por su resultado podía ni puede considerarse contraria al orden público internacional español. Pero, el Tribunal Supremo yendo más allá del principio dispositivo y de la causa petendi (arts. 19 y 216 LEC), procede para resolver el *exequatur* al control de una sentencia cuya eficacia no se había solicitado, y en la que, en ningún caso, se determinaba la filiación por contrato de los nacidos mediante gestación subrogada.

69. Esta forma de proceder de nuestro más alto Tribunal solo se entendería, más en ningún caso se justificaría, si denegando efectos de manera sistemática y general a todas las sentencias extranjeras en materia de gestación por sustitución, con independencia de su contenido, se pretendiera utilizar el Derecho internacional privado como rama del ordenamiento jurídico español con fines punitivos y coercitivos. Impidiendo la aplicación de las normas de eficacia extraterritorial de decisiones extranjeras en materia de gestación por sustitución y obligando a los ciudadanos a iniciar un procedimiento *ex novo* de filiación en España, algo que insistimos supone una vulneración del art. 24 CE, se pretende desincentivar la práctica internacional de la gestación subrogada, a través de medios poco ortodoxos.

70. En quinto lugar, y según indica el TS: “(...) Es significativo que *los considerandos introductorios y el art. 4 del Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993* exijan que el consentimiento de la madre haya sido prestado libremente, después del nacimiento del niño, y no obtenido mediante pago o compensación de clase alguna” (STS 1626/2024, FD TERCERO, apartado 2).

71. La adopción internacional y la gestación subrogada son dos instituciones jurídicas distintas, si bien comparten un nexo en común: proteger el interés superior del menor, siendo fundamental en este sentido, para evitar posibles supuestos de compraventa internacional de niños, que el consentimiento de los padres, se preste libremente, después del nacimiento del menor, sin obtener compensación a cambio.

72. En aquellos supuestos de gestación por sustitución en los que la filiación ha sido determinada judicialmente tras el nacimiento del niño (*Post-Birth Order*), siendo la madre gestante madre legal tras el parto, difícilmente puede considerarse vulnerado al orden público internacional español. Y ello porque: (1) la filiación materna no ha sido objeto de renuncia por contrato (art. 10. 1 LTRHA); (2) la maternidad legal del nacido a través de gestación subrogada ha quedado vinculada al parto (art. 10. 2 LTRHA); (3) la filiación a favor de los comitentes ha sido determinada judicialmente tras el parto con consentimiento de la madre legal/gestante (art. 10.3 LTRHA). Por otro lado, el pago realizado por los comitentes a la madre gestante a través del contrato se percibió con anterioridad al nacimiento a cambio de los servicios de gestación y parto.

De haberse aplicado a la sentencia extranjera aportada por los promotores los mecanismos de validez extraterritorial legalmente previstos a tales efectos en el ordenamiento jurídico español (art. 96 LRC, art. 46 . 1 a) LCJIMC, art. 12 LJV), algo que impide la Instrucción DGSJFP 2025, hubiese quedado en evidencia que dicha sentencia, que pretende acceder al Registro Civil español, no vulnera el orden público internacional español.

5. La obligatoria reconstrucción *contra legem* de la filiación en España

73. Según el TS: (...) *es incompatible con nuestro sistema de derechos fundamentales la determinación de la filiación del niño como hijo de los comitentes con base en el contrato de gestación subrogada y en los actos de autoridades extranjeras que reconocían la filiación resultante de tal contrato, pues se vulneraban gravemente los derechos fundamentales tanto del menor como de la madre gestante. La mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil. Es necesario por tanto realizar una ponderación de la que resulte la solución que menos perjudique a los menores, empleando para ello los criterios establecidos en el ordenamiento jurídico* (STS 1626/2024 FD QUINTO, apartado 2). (...) *El ordenamiento jurídico español prevé medios para determinar la relación paterno o materno-filial que son respetuosos con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad del menor: en lo que es relevante en este asunto, la determinación de la filiación biológica del padre, si es que existe tal relación biológica entre los menores y alguno de los progenitores de intención, y la adopción cuando existe esa convivencia en un núcleo familiar, con las garantías propias de estas instituciones* (FD TERCERO, apartado 3).

74. La sentencia extranjera que pretende acceder al Registro Civil español, algo que impide la Instrucción DGSJFP de 28 de abril de 2025, basándose en la única sentencia del Tribunal Supremo que se pronuncia sobre la eficacia de las resoluciones judiciales extranjeras en materia de filiación de los nacidos mediante gestación subrogada en España (STS 1626/2024), no tiene por objeto validar un contrato en el que la madre gestante renuncia a la filiación materna antes del parto, ni al hijo tras el nacimiento. La filiación no queda determinada en este caso con base a un contrato ni tan siquiera queda determinada por resolución judicial antes del parto (*Pre-Birth Order*). No cabe entender que, en este caso concreto, *Post-Birth Order*, pudieran considerarse gravemente vulnerados los derechos fundamentales tanto del menor como de la madre gestante, máxime cuando: (1) el contrato no ha determinado la filiación ni la renuncia al hijo de la mujer gestante a favor de un comitente o un tercero; (2) la mujer gestante ha sido considerada madre legal tras el parto, quedando constancia inicial en el Registro Civil del lugar de nacimiento; (3) la madre legal/gestante ha manifestado ante una autoridad judicial (extranjera) su consentimiento, sin mediar compensación a cambio, a la determinación de la filiación a favor de los comitentes después del parto; y (4) Uno de los progenitores de intención es padre biológico del menor que ha sido concebido con el consentimiento de su pareja al amparo de un proyecto procreacional común, existiendo por tanto una vida familiar de facto.

75. De conformidad con la legalidad vigente, no cabe entender que la DGSJFP, a través de la STS 1626/2024, impidiendo el reconocimiento de efectos a la sentencia extranjera que pretende acceder al Registro Civil español, y que como ha quedado demostrado no vulnera ningún principio esencial del ordenamiento jurídico del foro en este caso concreto, obligue a los promotores a iniciar conforme al ordenamiento jurídico español, un procedimiento de filiación en España cuando dicha filiación ya ha sido determinada en el extranjero sin vulnerar el orden público internacional español. Máxime cuando de hacerlo así, esto es, repitiendo el procedimiento de filiación en nuestro país, se llegaría al mismo resultado.

76. No lo entiende así la DGSJFP que, basándose en “una” sentencia dictada por el Tribunal Supremo, y utilizando indebidamente el orden público internacional con “carácter preventivo y general”, ordena impedir el acceso al Registro Civil español a “todas” las decisiones extranjeras, y obliga a los afectados a solicitar la determinación de la filiación a través de “los medios ordinarios” previstos en el ordenamiento español. Y, entiende el Centro Directivo que los medios para permitir la inscripción del nacido/a en el Registro Civil son dos: (a’) la acción de reclamación de la paternidad por parte del padre biológico, y la de reclamación de la paternidad correspondiente al hijo; y (b’) la adopción para la filiación del progenitor no biológico bajo condición de que se pruebe la existencia de un núcleo familiar con suficientes garantías.

77. Con este proceder, la misma DGSJFP señala que persigue un doble objetivo: (1) Proteger el interés superior del menor; (2) Salvaguardar los derechos fundamentales (...) de las mujeres que resultarían gravemente lesionados, si se potenciara la práctica de la gestación subrogada comercial.

En el caso de las *Parental Post-Order*, sin embargo, no se consigue alcanzar ninguno de los dos objetivos perseguidos por el Centro Directivo. Más bien todo lo contrario. La decisión de la DGSJFP de impedir el reconocimiento de efectos a la sentencia judicial extranjera que establece el vínculo de filiación entre el niño y sus padres de intención, siendo además uno de ellos el progenitor biológico, y obligando a los padres a iniciar nuevo procedimiento en España, pone a los menores en una situación de incertidumbre jurídica incompatible con la obligación del Estado español, emanada de los convenios internacionales en vigor en España y de la propia Constitución de protegerles y velar por su interés superior (art. 39 CE). Esta forma de proceder por parte del Centro Directivo no solo vulnera los derechos fundamentales de los menores, que quedan en un limbo legal hasta que su filiación sea determinada por los tribunales españoles, sino que además supone una injerencia desproporcionada en el derecho al respeto de su vida privada y familiar (art. 8 CEDH).

De otro lado, el segundo objetivo que pretende alcanzar la DGSJFP con la Instrucción 28 abril 2025, -salvaguardar los derechos fundamentales de las mujeres que de otra forma se verían gravemente vulnerados-, resulta en este caso concreto totalmente desproporcionado e innecesario, en tanto que dichos derechos (dignidad de la mujer y su integridad física y moral) ya fueron garantizados en el país donde nació el niño. Ni a la mujer se la obligó por contrato a renunciar a la filiación materna, ni se le arrebató al hijo tras el parto. La mujer consintió de manera informada y libre, sin coacción, el proceso de gestación para otros; ha sido considerada madre legal tras el parto, quedando constancia inicial de ello en el Registro civil, y ha renunciado libremente al hijo tras el nacimiento, consintiendo la determinación judicial de la filiación a favor de los comitentes. Ningún sentido tiene que se impida el reconocimiento de la sentencia extranjera en este caso concreto, cuando los derechos de la madre gestante, madre legal tras el parto, fueron respetados, y cuando impidiendo dicho reconocimiento en España los únicos derechos que resultan vulnerados son los del niño. Amén de que dicho resultado hubiese sido el mismo de haber tenido lugar la gestación por sustitución en España y haberse aplicado el art. 10 LTRHA.

6. El interés superior del menor

78. Según la Sentencia de la Sala Primera (Pleno) del Tribunal Supremo 1626/2024, de 4 de diciembre, que ratifica la denegación de efectos a una sentencia extranjera en un caso de gestación subrogada, y que sirve de sustento jurídico a la Instrucción DGSJFP de 28 de abril de 2025: *“la protección de los menores no puede lograrse aceptando acríticamente las consecuencias del contrato de gestación por sustitución suscrito por los recurrentes (...), “no puede fundarse en la existencia de un contrato de gestación por sustitución y en la filiación a favor de los padres intencionales que prevé la legislación (extranjera), sino que habrá de partir (...) de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer que los gestó y alumbró, la existencia de una filiación biológica paterna y de un núcleo familiar en que estén integrados los menores” (...) “Por tanto, la protección la protección que ha de otorgarse (...) ha de partir de las previsiones de las leyes y convenios aplicables en España y de la jurisprudencia que los interpreta y aplica, tomando en consideración su situación actual, estableciendo la relación de filiación mediante la determinación de la filiación biológica paterna, la adopción o permitiendo la integración de los menores en un núcleo familiar mediante la figura del acogimiento familiar”* (FD Quinto).

79. En este caso concreto, la determinación de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero, tal y como consta en la sentencia judicial que se aporta (*Post-Birth Order*), partió *“de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer que los gestó y alumbró, la existencia de una filiación biológica paterna y de un núcleo familiar”*.

80. La negativa por parte de las autoridades españolas (DGSJPP) a reconocer efectos a la sentencia extranjera de filiación e impedir con ello el acceso al Registro Civil español, pone a los menores en una *situación de desprotección e incertidumbre jurídica intolerable*. Hasta que no se determine “de nuevo” la filiación por parte de los tribunales españoles, estos menores no gozaran de ninguno de sus derechos fundamentales en nuestro país, tal y como vienen proclamados y reconocidos en la legislación vigente. Su nacimiento no quedará inscrito “inmediatamente” en el Registro Civil español; tampoco su nombre ni su filiación. Tampoco tendrán derecho a una nacionalidad. Bien es cierto, que, al Centro Directivo, tal y como se desprende de la Directriz cuarta de la Instrucción de 28 de abril de 2025, que estos niños nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero puedan quedar en situación de apatridia, es algo que le resulta totalmente indiferente. La DGSJFP contraría con ello, de nuevo, los compromisos internacionalmente asumidos por el Estado español.

81. La decisión de la DGSJFP plasmada en la Instrucción 28 de abril 2025 de impedir el reconocimiento de efectos a la sentencia extranjera cuando en España el resultado sería el mismo, supone no sólo una vulneración de los derechos más fundamentales de los menores sino también una injerencia desproporcionada en el derecho al respeto a su vida privada y familiar (art. 8 CEDH).

A) Convención de Nueva York de los Derechos del Niño, de 20 noviembre 1989

82. En el *Informe (2019) presentado ante la Asamblea General de Naciones Unidas por la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, el 15 de julio de 2019 (A/74/162)*, también centrado en la gestación por sustitución desde la perspectiva del *interés superior del menor*, se recuerda a los Estados su obligación de dar debido cumplimiento a la Convención de Nueva York de los Derechos del Niño, de 20 noviembre 1989. También se indica que las leyes, las políticas y las prácticas relativas a la gestación por sustitución deben respetar: a) el derecho del niño a no ser discriminado por razón de nacimiento (art. 2 CNYDN); b) el derecho a la identidad (art. 7 CNYDN), que engloba el derecho al registro de nacimiento, a un nombre, a adquirir una nacionalidad, y en la medida de lo posible a conocer a sus padres y ser cuidado por estos, y recuerda que si bien es cierto que la gestación por sustitución cambia los elementos constitutivos de la identidad al romper el vínculo entre la filiación genética, gestacional y social, los derechos fundamentales del niño siguen siendo los mismos; c) el derecho del niño a conocer y acceder a sus orígenes (arts. 7 y 8 CNYDN). En este sentido, el Informe resalta que la aplicación general del anonimato para los donantes de gametos o la madre subrogante, en particular, registrando únicamente a los futuros padres en el certificado de nacimiento, impedirá que el niño nacido mediante un contrato de gestación por sustitución tenga acceso a sus orígenes. Se trata de una vulneración especialmente frecuente de los derechos del niño en las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas, que se ve agravada en el caso de los contratos internacionales de gestación por sustitución (párrafo 38); d) el derecho del niño a vivir en un entorno familiar (arts. 5, 7, 9, 10 16 y 18 CNYDN).

83. En el Informe 2019 de la Relatora Espacial también se hace hincapié en que todas las decisiones judiciales, las legislaciones y las políticas y prácticas relativas a los niños nacidos por gestación por sustitución, tienen que velar por el principio fundamental del interés superior del menor en su triple dimensión (art. 3 CNYDN): como derecho sustantivo, principio interpretativo y norma de procedimiento.

84. No se alcanza a entender que habiendo sido determinada la filiación del nacido mediante gestación por sustitución en el extranjero con todas las garantías y respetando los derechos de todas las partes implicadas en el proceso de gestación por sustitución, el Centro Directivo impida el reconocimiento de la sentencia extranjera donde consta ya establecida la filiación del menor con sus padres de intención, siendo uno de ellos progenitor biológico y quedando constancia en la documentación registral y judicial extranjera de la madre gestante.

B) Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950

85. Según dispone el art. 8 CEDH: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención, de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

86. Según la jurisprudencia del TEDH, el derecho al respeto a la vida privada y familiar de los niños nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero, que implica que cada uno pueda establecer la esencia de su identidad, lo que comprende su filiación, se encontraría significativamente afectado si el derecho interno se negara a reconocer el vínculo de filiación entre el niño y los progenitores de intención, siendo uno de ellos padre biológico, al ser incompatible esta situación con el interés superior del menor que ha de guiar toda decisión que le afecte¹¹.

87. La ausencia de reconocimiento del vínculo de filiación entre un niño nacido mediante gestación por sustitución en el extranjero y los padres de intención tiene consecuencias negativas sobre diversos aspectos del derecho del niño al respeto de su vida privada y le perjudica en tanto que le sitúa en una situación de incertidumbre jurídica en cuanto a su identidad en la sociedad. De ahí que, en aras al interés del menor, esta situación de incertidumbre deba de ser lo más breve posible¹².

88. El derecho al respeto a la vida privada y familiar de los niños nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero impone la obligación a los Estados de reconocer en su derecho interno el vínculo de filiación entre el hijo y el progenitor de intención biológico y entre el niño y la madre de intención, con independencia de que sea o no la madre genética¹³. La imposibilidad general y absoluta de obtener el reconocimiento del vínculo de filiación entre el niño y los padres de intención, siendo uno de ellos progenitor biológico, constituye una injerencia desproporcionada en el derecho del niño al respeto a su vida privada¹⁴.

89. El TEDH ha precisado, sin embargo, que este reconocimiento del vínculo de filiación entre el niño y el padre de intención, padre biológico, y entre el niño y la madre de intención que no es la madre genética puede hacerse adecuadamente por otros medios que no sean la transcripción de la certificación registral extranjera de nacimiento, siempre y cuando los mecanismos previstos en el derecho interno garanticen la efectividad y celeridad de dicho reconocimiento conforme al interés superior del menor con el fin de evitar que este se mantenga durante mucho tiempo en una situación de incertidumbre jurídica¹⁵. De no ser así, el Estado incumpliría la obligación positiva de garantizar el derecho al respecto de la vida privada y familiar de los menores nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero, en virtud del art. 8 CEDH.

90. Si bien es cierto que el TEDH reconoce un margen de apreciación a los Estados a la hora de elegir los mecanismos de reconocimiento de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero, entre su progenitor de intención biológico y su progenitor no biológico, no lo es menos que dicho margen de apreciación no es absoluto, sino que está limitado, en aras al interés superior

¹¹ STEDH, 26 de junio 2014, asunto *Mennesson* c. Francia, FD 96-99; STEDH 26 junio 2014, asunto *Labassee* c. Francia; STEDH 16 julio 2020, Asunto D. c. Francia, FD 54.

¹² Dictamen Consultivo 10 abril 2029, puntos 96 y 75)

¹³ STEDH 16 julio 2020, Asunto D. c. Francia, FD 54

¹⁴ STEDH, 22 de noviembre, Asunto D.B y otros c. Suiza

¹⁵ Dictamen consultivo, 10 abril 2019, puntos 40, 47 y 51, 55; STEDH 31 agosto 2023, Asunto C. c. Italia, considerandos 56-60

del menor, por el principio de efectividad y celeridad. De todos los mecanismos legales previstos en el ordenamiento jurídico del foro, el Estado debe elegir aquél que haga de manera más efectiva y rápida la determinación de la filiación entre el niño y sus padres de intención, siendo uno de ellos padre biológico.

91. No se alcanza a entender que de todos los modos de determinación de la filiación previstos en el Derecho español (art. 116 CC, art. 8.2 LTRHA y art. 44 LRC), la DGSJFP y el TS español, se decanten por los menos efectivos y menos rápidos contraviniendo con ello el interés superior del menor y, por ende, el derecho a la vida privada y familiar de los menores (art. 8 CEDH).

92. En este orden de ideas, resulta necesario recordar que la injerencia del Estado (obligación negativa) en el derecho al respeto a la vida privada y familiar, en este caso representada por la Instrucción 28 de abril 2025, para ser legítima ha de respetar los requisitos establecidos en el art. 8. 2 CEDH, a saber: (1) la injerencia o limitación a dicho derecho ha de estar previsto en la ley interna; (2) la injerencia ha de estar fundada en una necesidad social imperiosa; y (3) ha de ser proporcional al fin perseguido¹⁶).

93. La Instrucción DGSJFP no supera el test de proporcionalidad exigido por el art. 8. 2 TEDH. Bien es cierto que la legislación española prevé la nulidad de pleno derecho de los contratos de gestación por sustitución en cuya virtud se renuncia a la filiación materna antes del parto con la finalidad de proteger los derechos de las mujeres gestantes y de los niños. Pero, no es menos cierto que la prohibición de aplicar los mecanismos de validez extraterritorial de DIPr en estos casos, obligando a los progenitores a iniciar un procedimiento *ex novo* en España para determinar la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución resulta totalmente desproporcionado al fin perseguido, especialmente en aquellos casos en los que la filiación determinada en el extranjero no vulnera el orden público internacional español por respetarse los principios esenciales del foro.

94. Tanto la STS 1626/2024, 4 diciembre de 2024 como la Instrucción 28 abril de 2025 adoptan una solución general, -de dudosa base legal como ha quedado expuesto a lo largo de estas páginas-, para todos los casos de gestación por sustitución en el extranjero, basándose solo y exclusivamente en aquellos supuestos en los que no existe vinculación genética de ninguno de los progenitores de intención con el niño nacido mediante gestación por sustitución. Los asuntos *Paradiso y Campanelli c. Italia* (STEDH, 24 enero 2017) y *Valdís FJölnisdóttir y otros c. Islandia* (STEDH 18 agosto 2021) parecen haber servido de inspiración al Centro Directivo y al propio Tribunal Supremo. Sólo así cabría entender que para determinar la filiación del progenitor no biológico en España se exija la existencia de una “vida familiar de facto”. Olvidan, sin embargo, tanto el TS como la DGSJFP que cuando existen vínculos biológicos entre uno de los progenitores de intención y el menor nacido mediante gestación por sustitución, y el niño ha sido fruto de un proyecto procreacional común con el progenitor no biológico, el TEDH presume la existencia de una vida familiar de facto¹⁷.

7. La gestación por sustitución como una forma de violencia contra las mujeres

95. Otro de los objetivos que persigue la Instrucción DGSJFP de 28 de abril de 2025, impidiendo la aplicación en España de los mecanismos de validez extraterritorial previstos en el ordenamiento jurídico español a las decisiones procedentes de otros Estados determinando la filiación de los nacidos mediante gestación subrogada, es “*salvaguardar los derechos fundamentales (...) que resultarían gravemente lesionados si se potenciara la práctica de la gestación comercial (...)*”. El Centro Directivo añade, además, que en su Sentencia 1626/2024, (...) “*el Tribunal Supremo reitera, como ya afirmaba en sus sentencias 835/2013, de 6 de febrero de 2014, y 2777/2022, de 31 de marzo, que el contrato de gestación subrogada es contrario al orden público, cosifica tanto a la mujer gestante como al menor y vulnera*

¹⁶ STEDH, 26 de junio 2014, asunto *Menesson c. Francia*, FD 50.

¹⁷ STEDH 18 agosto 2021; asunto *Valdís FJölnisdóttir y otros c. Islandia*, FD 59-62.

principios fundamentales reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico. Así, la Ley Orgánica 1/2023, que modifica la Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, considera, tanto en su preámbulo como en su articulado, que la gestación por sustitución es una forma de violencia contra las mujeres y en el mismo sentido se pronuncia la Resolución del Parlamento Europeo de 17 de diciembre de 2015 sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo y la política de la Unión Europea al respecto”.

96. La gestación por sustitución no está prohibida en Derecho español. El art. 10.1 LTRHA se limita a declarar nulos de pleno derecho aquellos contratos en los que la mujer gestante, mediando o no precio, renuncie a la filiación materna a favor del comitente o un tercero antes del parto. Este tipo de contratos, efectivamente, atentaría contra la dignidad de la mujer/madre y en general de la persona humana y convertirían al niño en objeto del comercio. Para evitarlos, el legislador español anuda la maternidad legal al parto, pero deja el camino despejado para que en España puedan darse, a la espera de regulación, otro tipo de supuestos de gestación por sustitución. Aquellos en los que la madre gestante, voluntariamente, decide ayudar a otras personas con problemas de fertilidad médica o social a tener un hijo. Y es por ello, que el art. 10.3 LTRHA, tras declarar la nulidad e ineficacia del contrato (art. 10.1 LTRHA), y vincular la maternidad legal al parto (art. 10.2 LTRHA), deja abierta la posibilidad de que, siempre y cuando exista vinculación biológica de uno de los comitentes con el niño nacido mediante gestación subrogada en España y siempre y cuando la madre legal/gestante así los consienta, pueda quedar establecida la filiación a favor de los progenitores intencionales a través de los mecanismos legales previstos a tal efecto por el ordenamiento jurídico español. Esto explica que, en España, la gestación por sustitución no sea delito.

97. Del mismo art. 10 LTRHA, cabe deducir que no todos los supuestos de gestación por sustitución atentan contra la dignidad de la mujer ni cosifican al niño convirtiéndolo en objeto de comercio. Para ello, resulta fundamental que: (1) la mujer gestante consienta voluntariamente, y sin ningún tipo de coacción, llevar a cabo el proceso de gestación; (2) que la mujer gestante sea considerada madre legal tras el parto; (3) que uno de los comitentes tenga vinculación genética con el menor; y (4) que la madre gestante/legal consienta, sin mediar precio a cambio, la filiación a favor de los padres de intención, tras el parto.

98. Ni la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979¹⁸, ni el Convenio del Consejo de Europa sobre la prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011¹⁹ contemplan expresamente la gestación por sustitución como forma de violencia contra la mujer. Por tanto, cabe deducir que sólo aquellos supuestos de gestación por sustitución en los que no exista consentimiento prestado de manera libre y consciente por parte de la mujer gestante y en los que se la obligue a renunciar a la filiación materna antes del parto pueden considerarse violencia contra la mujer por atentar contra los derechos humanos. Solo la gestación por sustitución “forzada” podría considerarse contraria a los derechos de las mujeres.

99. Esta es la posición que mantiene actualmente la Unión Europea respecto a la gestación por sustitución. Bien es cierto que, en la Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea (2015/2229 (INI)), la UE “condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos” (punto 115).

¹⁸ BOE núm. 69, de 21 de marzo de 1984

¹⁹ BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014

Pero, no es menos cierto que, tras guardar silencio en años posteriores sobre este mismo asunto, desde el año 2021 hasta nuestros días, la UE ha matizado su posición condenando la práctica de la gestación subrogada sólo en aquellos casos que suponen explotación y trata de mujeres, esto es, la gestación subrogada forzosa²⁰.

100. De hecho, esta es la posición que mantiene la UE en la Directiva (UE)2024/1712 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas²¹.

El art. 2 de la Directiva 2011/36/UE, modificada por la Directiva (UE) 2024/17 dispone que:

“1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que sean punibles las conductas siguientes cuando se cometan intencionadamente:

La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas, mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotarla.

2. Existe una situación de vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso.

3. La explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, incluida la mendicidad, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre, la explotación para realizar actividades delictivas, la extracción de órganos o la explotación de la maternidad subrogada, del matrimonio forzado o de la adopción ilegal”.

El apartado 5 de la misma disposición señala que:

“Cuando la conducta a que se refiere el apartado 1 afecte a un menor, constituirá una infracción punible de trata de seres humanos aun cuando no se haya recurrido a ninguno de los medios mencionados en el apartado 1. El presente apartado no se aplicará a la explotación de la maternidad subrogada a que se refiere el apartado 3, a menos que la madre subrogada sea una menor”.

Cualquier duda de interpretación que pudiera generar el último inciso del apartado 5 del art. 2 de la Directiva 2011/36/UE, queda disipada en el considerando 6 de la Directiva (UE) 2024/17 al disponer que:

“La explotación de la maternidad subrogada, del matrimonio forzado o de la adopción ilegal ya pueden entrar en el ámbito de las infracciones relacionadas con la trata de seres humanos tal como se definen en la Directiva 2011/36/UE, en la medida en que se cumplan todos los criterios constitutivos de dichas infracciones. No obstante, en vista de la gravedad de esas prácticas y para hacer frente al aumento constante del número y la importancia de las infracciones relacionadas con la trata de seres humanos cometidas con fines distintos de la explotación sexual o laboral, la explotación de la maternidad subrogada, del matrimonio forzado o de la adopción ilegal deben incluirse como formas de explotación en dicha Directiva, en la medida en que reúnan los elementos constitutivos de la trata de seres humanos, incluido el criterio de los medios. Más concretamente, por lo que respecta a la trata con fines de explotación de la maternidad subrogada, la presente Directiva tiene en su punto de mira a quienes coaccionan o engañan a mujeres para que actúen como madres subrogadas. Las modificaciones a la Directiva 2011/36/UE introducidas por la presente Directiva se entienden sin perjuicio de las definiciones de matrimonio, adopción, matrimonio forzado y adopción ilegal, o de las de infracciones conexas distintas de la trata, cuando estén previstas

²⁰ Vid. Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de febrero de 2022, sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo y la política de la Unión Europea al respecto – Informe anual 2021 (2021/2181(INI), considerando 60; Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de enero de 2023, sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo y la política de la Unión Europea al respecto – Informe anual 2022 (2022/2049(INI). Considerando 63; Resolución del Parlamento Europeo, de 28 de febrero de 2024, sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo y la política de la Unión Europea al respecto: informe anual 2023 (2023/2118(INI): Considerando 44

²¹ DOUE núm. 1712, de 24 de junio 2024

en el Derecho nacional o internacional. Dichas normas también se entienden sin perjuicio de las normas nacionales sobre maternidad subrogada, incluido el Derecho penal o el Derecho de familia”.

101. Y es precisamente este contexto de legalidad internacional y europeo, el que debe ser tomado como referencia al interpretar la mención que de la “gestación subrogada” realiza en la Exposición de Motivos la LO 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Por tanto, solo cuando la gestación subrogada sea forzada podrá ser considerada, en la línea del Convenio de Estambul y de la Directiva (UE)2024/1712 como una forma de violencia contra la salud sexual y reproductiva de las mujeres. La incorporación del art. 10 LTRHA a la LO 1/2023 a través del art. 32 de esta última ley, así lo confirma.

102. El *Informe de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra las mujeres y niñas*, conocido como *Informe Alsalem*, sobre “*Las distintas manifestaciones de violencia contra las mujeres y las niñas en el contexto de la reproducción asistida*” (AG A/80/150, 14 de julio de 2025)²², llega a la conclusión de que la gestación por sustitución, al igual que la prostitución, debe ser abolida a través un convenio internacional jurídicamente vinculante, siguiendo con ello la estela de la *Declaración de Casablanca*²³. No obstante, y a la espera de su abolición, se recomienda a los Estados la adopción de una serie de medidas tendentes a respetar los derechos fundamentales de mujeres y niños en los procesos de gestación por sustitución, tales como la adopción de leyes que se dirijan a vincular la maternidad al parto, impedir que se transfieran por contrato los derechos parentales antes del nacimiento del niño, otorgando a la madre gestante un periodo de tiempo de reflexión; exigir vinculación genética de al menos uno de los comitentes con el niño; cerciorarse de que el interés del menor sea la consideración primordial en todas las decisiones relacionadas con la filiación y el cuidado; establecer controles de idoneidad a los comitentes o velar por que todos los actores implicados en un proceso de gestación por sustitución, entre ellos, clínicas y e intermediarios respeten los derechos humanos relacionados con la reproducción subrogada.

III. Consideraciones finales

103. Los acuerdos internacionales de gestación por sustitución suponen un reto para todos aquellos Estados que prohíben dicha técnica de reproducción humana asistida dentro de sus fronteras. Pero, la forma de hacer frente a este desafío, garantizando los derechos fundamentales de todas las personas que intervienen en un proceso de gestación por sustitución, no puede consistir en la conculcación de los principios más esenciales del ordenamiento jurídico español.

Deben arbitrarse otras vías que, emanando del legislador español y respetando los pilares del Estado Democrático y de Derecho, ofrezcan una solución respetuosa con los derechos humanos. La Instrucción DGSJFP de 28 de abril de 2025 no es el camino...Tampoco la solución.

104. Por todo lo aquí expuesto, es de Justicia que se proceda a la inscripción de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución siempre y cuando concurren las condiciones para ello de conformidad con el Derecho español.

²² El Secretario General de la ONU envió el documento a los miembros de la Asamblea General el pasado 14 de julio, para su debate en el periodo de sesiones que tendrá lugar del 9 al 29 de septiembre.

²³ Sobre la Declaración de Casablanca, *vid.*: <https://declaration-surrogacy-casablanca.org/es/>

Islamic Law in Domestic Arbitration: Some Thoughts on a Recent Austrian ‘Scandal’. Case Note on Vienna Regional Court for Civil Matters, 2 May 2025, 47 R 65/25v and 47 R 66/25s

La ley islámica en el arbitraje nacional: noticias sobre un «escándalo» Austriaco. Nota sobre el caso del Tribunal Regional de Viena para Asuntos Civiles, 2 de mayo de 2025, 47 R 65/25v y 47 R 66/25s

MATTHIAS LEHMANN

LUKAS PETSCHNING

University of Vienna, Austria

Recibido: 05.02.2026 / Aceptado: 11.02.2026

DOI: 10.20318/cdt.2026.10293

Abstract: In the summer of 2025, private international law briefly captivated Austrian media. Two merchants had agreed that any dispute arising out of their legal relationship should be resolved by arbitration in accordance with principles of Islamic law. A dispute arose and resulted in a domestic award ordering the defendant to pay damages exceeding EUR 1,000,000. The award creditor successfully moved for enforcement. On appeal, the award debtor alleged that an application of Islamic law in arbitral proceedings violates Austrian substantive public policy. The appellate court rejected this argument, finding that the resolution of a commercial dispute under Islamic law does not upset fundamental notions of the Austrian legal system. The case caused an uproar, first in the Austrian tabloids, then in wider society, resulting in calls for banning the application of Islamic law in Austria. The Austrian government has created a working group studying the possibility of law reform in this sense. Potential clashes with EU and international law loom.

Keywords: Arbitration, Islamic law, Sharia law, religious law, public policy.

Resumen: En el verano de 2025, el derecho internacional privado acaparó brevemente la atención de los medios de comunicación austriacos. Dos comerciantes habían acordado que cualquier controversia que surgiera de su relación jurídica se resolvería mediante arbitraje de conformidad con los principios del derecho islámico. Surgió una controversia que dio lugar a un laudo nacional por el que se condenaba al demandado a pagar una indemnización por daños y perjuicios superior a 1.000.000 EUR. El acreedor del laudo solicitó con éxito su ejecución. En apelación, el deudor del laudo alegó que la aplicación del derecho islámico en los procedimientos arbitrales violaba el orden público sustantivo austriaco. El tribunal de apelación rechazó este argumento, al considerar que la resolución de una controversia comercial con arreglo al derecho islámico no alteraba los principios fundamentales del ordenamiento jurídico austriaco. El caso causó un gran revuelo, primero en la prensa sensacionalista austriaca y luego en la sociedad en general, lo que dio lugar a demandas para prohibir la aplicación de la ley islámica en Austria. El Gobierno austriaco ha creado un grupo de trabajo para estudiar la posibilidad de una reforma legislativa en este sentido. Se avecinan posibles conflictos con el Derecho de la Unión Europea y el Derecho internacional.

Palabras clave: Arbitraje, ley islámica, ley sharía, ley religiosa, orden público.

Sumario: I.Excerpt of the Decision.II.Introduction. III. Facts and procedural history.IV. Decision and Analysis.V.Conclusion.

I. Excerpt of the Decision¹ (translated from German by the authors)

[...]

The appellant argues that the arbitral award is not enforceable as it violates public policy in the sense of § 611(2)(8) Code of Civil Procedure. He alleges that the law had been arbitrarily applied, that the interpretation of Sharia law is subject to discussions within the Muslim community, and that its principles vary in the interpretation of different scholars. As it is thus unknown what law had been applied, the appellant argues, the reference to Sharia law violates public policy.

[...]

Regarding § 611(2)(8):

The public policy rule is generally recognized and a part of the legal system. This conclusion is supported not only by national law (§§ 6 PIL Act; 611 Code of Civil Procedure), but also by provisions of European Union law, e.g. Art 45(1)(a) [Brussels Ia Regulation], Art 40(a) [Succession Regulation], Art 24(a) [Maintenance Regulation]. It therefore also applies where – as in the present case – the PIL Act does not apply due to no (recognizable) foreign nexus existing.

Islamic law (Sharia law) is based on the Qur'an and on tradition as manifested by the Sunnah. Sharia law is not a codified set of legal provisions but a "method and methodology of making law" [...]. Islamic law is heterogeneous and based on various schools of thought, differing in their teachings [...].

In the present case, absent any further indication, it is assumed that the phrase „Ahlus-Sunnah wal-Jamaah“, added in ellipses within the arbitration agreement, apparently refers to a concretization of Islamic law to a particular interpretation or school of interpretation [...].

Islamic law, the Sharia, differentiates between religious rules which regulate the relationship between humans and God (prayer, fasting etc) and legal rules for the interaction of humans among each other (contract law, family law, criminal law etc). While the religious rules of the Sharia are protected by religious freedom under Art 4(1) and (2) of the [German] Basic Law [sic], application of the legal rules contained within the Sharia is subject to the public policy rule of private international law. Where private international law in a given case refers to the provisions of the Sharia, fundamental rights and the German legal system [sic] dictate the framework within which the results must be examined in the individual case. If application of the Sharia leads to a result which blatantly contradicts the German legal system [sic], the public policy exception provides that it must not be applied in order to protect public order [...].

By judgment of 19 December 2018, the Grand Chamber of the ECHR decided in case no 20452/14 that an application of Islamic law (Sharia law) in a succession dispute, against the wishes of the Muslim decedent, violates the Convention. The subject matter of the decision was a provision of Greek law which in certain (succession) cases provided for an application of Islamic law (this provision has since been repealed). From a comparative perspective, the Court explained that Islamic law is applied in member states of the Council of Europe only within the framework of private international law, i.e. where several national legal frameworks collide. In the course of this, Islamic law is not applied by European states as such, but as a component of the national law of a non-European state. The only exception is Great Britain [sic], where Sharia Courts apply Islamic law. This is only the case, however, where a matter is referred to the court voluntarily; the judgments are not binding under state law.

The Sharia is (partly) incorporated into the national law of some states (eg Saudi Arabia [...], Syria [...], Iran [...]). On case no 9 Ob 34/10f, Fucik has argued that Sharia law is to be applied in Austria unless its application would lead to a result which is incompatible with fundamental notions of the Austrian legal system [...].

In case no 8 Ob 88/24k, the Supreme Court of Justice held that a dowry agreed in accordance with Islamic law is based on "Muslim faith or Muslim custom" and that no corresponding statutory duty exists under Austrian law.

¹ The original order, including full in-text citations omitted here, is available in German on the website of the Austrian Legal Information System: ris.bka.gv.at/Dokumente/Justiz/JJT_20250502_LG00003_04700R00065_25V0000_000/JJT_20250502_LG00003_04700R00065_25V0000_000.html

Fundamental notions of the legal system comprise in particular the principles of the federal constitution, the principles of the ECHR, of criminal law, private law, procedural law, and public law. Fundamental notions are essential notions which have shaped Austrian law. The object of protection are not the subjective legal positions of the parties, but the domestic legal system, which is protected from the intrusion of legal thought which is completely incompatible with it, and of an unbearable violation of its fundamental notions. In this respect, the end result of the arbitral award is relevant and not the grounds provided. This ground for annulment thus does not allow for recourse as to whether and to what extent the arbitral tribunal has resolved the factual and legal questions arising during the course of the arbitral proceedings correctly. The examination whether an award violates public policy thus must not lead to an (exhaustive) review of the arbitral award from a factual and/or legal perspective (impermissibility of an appeal on the merits). Incorrect decisions must therefore, in principle, be accepted. An exception is only potentially considered in cases of an arbitrary application of the law by the arbitral tribunal [...].

The scope of protected fundamental notions of the Austrian legal system cannot be specifically defined and is also subject to changing with the times. In any case, constitutional principles play a fundamental role: personal freedom, equal treatment, the prohibition of discrimination based on birth, race, or religious group are encompassed by the protective scope of public policy. Apart from constitutionally protected fundamental notions, the principle of monogamous marriage, the prohibition of child marriage and forced marriage, the protection of child welfare under the law of parentage or the prohibition on the exploitation of an economically and socially weaker party and equal treatment of the genders are encompassed [...].

Since the public policy rule constitutes an exception which is at odds with the concept of the overall system, it is generally cautioned that a particularly sparing use of the exception is in order; simple inequity of the end result or a mere violation of mandatory Austrian legal provisions does not suffice. The violation must instead concern fundamental notions of the Austrian legal system. The second significant requirement for the application of the public policy rule is that the end result of the application of foreign law is offensive to public policy and not just the applicable foreign law itself; furthermore, a sufficient domestic nexus is required[...].

With the phrasing legal provisions or legal rules (§ 603 Code of Civil Procedure), the legislator intended to clarify that a choice cannot (only) concern law enacted by states or comparable organizations, but that the parties may also refer to “other systems of rules of conduct”. A more precise definition of the term “legal rules” was intentionally not undertaken to give the “broadest possible avenue” to party autonomy [...].

[...]

Islamic law is not state law and it is also not codified. As the judgment of the ECHR reveals, it does not constitute – at least in Europe – immediately applicable law in the sense of § 603 Code of Civil Procedure. Islamic law per se is not applied in Austria. § 603 Code of Civil Procedure, however, grants the parties freedom of choice of law. Regardless of whether Sharia law can be regarded as a (state) legal framework/law in the sense of § 603 Code of Civil Procedure, it is definitely a “system of rules of conduct” and thus constitutes a set of legal rules in the sense of that provision. Islamic legal provisions could thus be validly agreed upon in the present arbitration agreement, even more so considering that contract law is concerned. In this regard, it does not matter that the legal provisions to be applied are not generally known, as only the end result of an arbitral award is to be examined for the assessment of a public policy violation.

Furthermore, the parties agreed in the arbitration agreement that the arbitral tribunal shall “decide ex aequo et bono to the best of its knowledge and belief”.

A decision ex aequo et bono means that the arbitral tribunal resolves the dispute without regard to legal provision or legal rules [...].

Even if one did not consider Sharia law to constitute legal provisions or legal rules, the agreement on a decision “ex aequo et bono” constitutes a valid arbitration agreement under § 603(3) Code of Civil Procedure. In any case, (only) the arbitral award may be assessed for compatibility with public policy, that is to say whether the end result of the arbitration proceedings is compatible with fundamental notions of the Austrian legal system [...].

Applying these principles to the arbitral award in question, a violation of public policy must be rejected. The arbitrator conducted proceedings with the involvement of both parties, examined evidence, and made comprehensible and reasoned factual determinations in the arbitral award. Neither the legal assessment nor the remaining remarks contain indicia for an arbitrary decision. Even the appellant has been unable to name concrete violations. It is noted that no examination is in order as to whether Islamic

*legal provisions were actually applied or which ones, or whether the arbitral award is substantively correct. The end result of the decision does not offend fundamental notions of the Austrian legal system. The ground for annulment under [§ 611(2)](8) is not fulfilled.
[...]*

I. Introduction

1. In August 2025, controversy surrounding a decision of the Vienna Regional Court for Civil Matters (*Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien – LGZ Wien*) rocked Austria. Faced with an appeal against an order granting enforcement of an arbitral award decided in accordance with provisions of Islamic law, the Court found that Austrian law permits the choice of religious law in the context of arbitration, provided that the end result comports with Austrian public policy. Initially reported in the legal section of a daily broadsheet newspaper,² the story was quickly picked up throughout the media landscape and dominated the political discourse for several days. The debate soon turned away from arbitration and took on a more general character, with members of the governing coalition calling for a full prohibition of “*Sharia law*” in Austria. A governmental working group is currently studying the possibility of legal reform.

2. A sober review of the case quickly reveals that grave concerns about parallel justice systems or radical modifications to Austrian private international law are uncalled for.³ Nonetheless, the policy implications of arbitral tribunals applying religious law are well worth discussing. In addition, the decision of the LGZ Wien touches upon a number of interesting and unique elements of Austrian arbitration law.

I. Facts and Procedural History

3. The parties’ arbitration agreement stipulated that “*all current and/or future disputes in connection with contracts*”⁴ be submitted to the decision of a named sole arbitrator and resolved “*according to Islamic provisions of law (Ahlus-Sunnah wal-Jamaah), ex aequo et bono to the best of [the tribunal’s] knowledge and belief*”.⁵ Little is known about the dispute underlying the arbitration proceedings. The order on appeal merely states that the arbitration related to “*a claim for damages arising from a breach of contract*”.⁶ The broader context reveals the dispute to be commercial in nature, since specific provisions on consumer and labor arbitration⁷ were not discussed. Whatever the precise nature of the commercial relationship, a dispute eventually arose and was submitted to the previously nominated sole arbitrator. On 15 January 2024, that arbitrator issued an award, ordering the respondent to pay damages in the amount of about EUR 1 mn.

4. The respondent and award debtor did not file an application for annulment and the award creditor eventually applied for partial enforcement of the award. The District Court of Vienna Fünfhaus (*Bezirksgericht Wien-Fünfhaus – BG Fünfhaus*) granted enforcement, ordered the attachment of certain rights and movable property of the award debtor, garnished four of his claims, and ordered the compulsory auction of his real estate. In a further decision, the Court ordered wage garnishment.

² PHILIPP AICHINGER, “Schiedsspruch nach Scharia in Österreich gültig”, *Die Presse*, 2025/34/01.

³ See also PAUL EICHMÜLLER, “Green Light for the Application of Religious Rules in Arbitration of Pecuniary Claims”, *EAPIL Blog*, eapil.org/2025/08/28/green-light-for-the-application-of-religious-rules (28 August 2025).

⁴ In the original: “*Alle Streitigkeiten, die entstanden sind und/oder künftig im Zusammenhang mit Verträgen entstehen*”.

⁵ In the original: “*Das Schiedsgericht entscheidet anhand der islamischen Rechtsvorschriften (Ahlus-Sunnah wal-Jamaah) nach Billigkeit in der Sache nach bestem Wissen und Gewissen*”.

⁶ In the original: “*ein Schadenersatzanspruch des Betreibenden aus der Vertragsverletzung durch den Verpflichteten*”.

⁷ Restrictions on choice of law exist for any proceedings involving a consumer (§ 617(6)(1) ZPO) or a labor dispute (§ 618 ZPO). These provisions, evidently, did not play a role.

5. The award debtor appealed both enforcement orders to the LGZ Wien. He alleged that the precise content of Islamic law could not be clearly defined due to diverging scholarly opinions. Consequently, the award would be arbitrary, and the BG Fünfhaus had committed an error of law in granting its enforcement.

II. Decision and Analysis

6. The LGZ Wien rejected the appeal and upheld the enforcement orders. It held that the subject matter of the dispute was arbitrable and that the award did not violate Austrian substantive public policy. This decision is final and cannot be appealed any further.⁸

7. This case note will first outline the scope of *de novo* review of domestic arbitral awards under Austrian enforcement law, before turning to the Court's discussion of choice of law and substantive public policy issues. By way of background, it is necessary to know that Austria has implemented the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (MAL), and extended it to purely domestic proceedings.⁹ However, Austria has added some twists to the MAL, which are relevant for the following discussion.

1. Incidental Review of Compatibility with Substantive Public Policy

8. The proceedings at hand related to the enforcement of a final domestic arbitral award. Normally, an Austrian domestic award is enforceable *ex lege* without any *exequatur* procedure.¹⁰ The parties can apply for annulment, but had failed to do so in the instant case. It was only at the enforcement stage that one of the parties raised objections against the award. Normally, the award debtor's failure to apply for annulment precludes him from later impugning the award.¹¹ Nonetheless, the LGZ Wien correctly considered two annulment grounds *ex officio* in its capacity as an enforcement court: Austrian law mandates that those annulment grounds which are in the public interest – i.e. arbitrability and substantive public policy¹² – must be scrutinized even if no party proactively sought annulment. More concretely, the Austrian Code of Civil Procedure (*Zivilprozessordnung* – ZPO) states:¹³

If a court or authority determines in any other proceedings [non-annulment proceedings], for instance enforcement proceedings, that a ground for annulment under § 611(2)(7) or (8) is fulfilled, the arbitral award shall not be given effect.

⁸ Court orders fully confirmed upon appeal are not subject to further appeal, § 528(2)(2) ZPO in conjunction with § 78(1) Enforcement Act.

⁹ Austrian Federal Law Gazette (vol. I), no 7/2006, Arbitration Law Amendment Act 2006 (*Schiedsrechtsänderungsgesetz 2006*).

¹⁰ § 607 ZPO; § 1(16) Enforcement Act; CHRISTIAN KOLLER, "Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen", in CHRISTOPH LIEBSCHER, PAUL OBERHAMMER, and WALTER RECHBERGER (eds.), *Schiedsverfahrensrecht* (vol. II), Vienna, Verlag Österreich, 2016, mn. 12/3; CHRISTIAN HAUSMANINGER, "§ 607 ZPO" in Hans Fasching and Andreas Konecny (eds.), *Zivilprozessgesetze* (vol. IV/2), Vienna, Manz, 3rd edn. 2016, mn. 19; JOHANN HÖLLWERTH, "§ 1 EO", in ASTRID DEIXLER-HÜBNER (ed.), *Exekutionsordnung*, Vienna, LexisNexis ORAC, 34th inst. 2022, mn. 114; WERNER JAKUSCH, "§ 1 EO", in PETER ANGST and PAUL OBERHAMMER (eds.), *Kommentar zur Exekutionsordnung*, Vienna, Manz, 3rd edn. 2015, mn. 88. This reflects the approach also taken by Spanish law, see Art 44 of the Spanish Arbitration Act and Art 517(2)(ii) of the Spanish Code of Civil Procedure (Law 1/2000 of 7 January on Civil Procedure), for a detailed summary of the legislative considerations, see PAUL OBERHAMMER, *Entwurf eines neuen Schiedsverfahrensrechts*, Vienna, Manz, 2001, pp. 142 et seq.

¹¹ *Res judicata*: § 607 ZPO, the provision has no equivalent in the MAL (CHRISTIAN HAUSMANINGER, "§ 607 ZPO", in HANS FASCHING and ANDREAS KONECNY (eds.), *Zivilprozessgesetze* (vol. IV/2) (fn 10), (mn. 7) but is similar to Art 43 first case of the Spanish Arbitration Act (Law 60/2003 of 23 December on Arbitration); preclusion of annulment grounds: § 611(1) in conjunction with (4) ZPO.

¹² § 611(2)(7) ZPO (identical in content to Art 34(2)(b)(i) MAL) and § 611(2)(8) ZPO (modeled on Art 34(2)(b)(ii) MAL, but narrower in scope, as violations of procedural public policy constitute a separate annulment ground, see CHRISTIAN HAUSMANINGER, "§ 611 ZPO", in HANS FASCHING and ANDREAS KONECNY (eds.), *Zivilprozessgesetze* (vol. IV/2) (fn 10), mn. 137).

¹³ § 613 ZPO; in the original: "Stellt ein Gericht oder eine Behörde in einem anderen Verfahren, etwa in einem Exekutionsverfahren, fest, dass ein Aufhebungsgrund nach § 611 Abs. 2 Z 7 und 8 besteht, so ist der Schiedsspruch in diesem Verfahren nicht zu beachten."

9. As no streamlined *exequatur* procedure exists for domestic awards, this review occurs incidentally, without a time limit, and is conducted *ex officio* by any court seized of the matter.¹⁴ What is more, a court's findings in an incidental review procedure do not acquire *res judicata* effects and are thus not binding on other courts.¹⁵ This makes it possible that enforcement of an arbitral award is rejected by one court for public policy concerns but granted by another. In these respects, incidental review differs from annulment proceedings, where a final judgment – whether it be affirmative or negative – precludes reexamination of the same questions by enforcement courts,¹⁶ and from the recognition of foreign arbitral awards, where a streamlined procedure exists.¹⁷

2. Choice of Non-State Legal Rules

10. The core of the dispute is the parties' selection of Islamic law. This selection concerns § 603 ZPO, the central conflict-of-laws pillar of Austrian arbitration law. It is closely modeled on Art 28 MAL but exhibits two major differences. The provision reads:¹⁸

- (1) *The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with the legal provisions or legal rules on which the parties have agreed. Agreement on the law or legal system of a particular state shall be understood as a direct reference to the substantive law of that state and not to its conflict-of-laws provisions, unless the parties have expressly agreed otherwise.*
- (2) *If the parties have not selected the applicable legal provisions or legal rules, the arbitral tribunal shall apply those legal provisions which it regards as appropriate.*
- (3) *The arbitral tribunal shall only decide ex aequo et bono if the parties have expressly empowered it to do so.*

11. On the one hand, Austrian law opts for a *voie directe* approach in absence of party choice, allowing the tribunal to directly determine the “*legal provisions which it regards as appropriate*” in such cases (§ 603(2) ZPO).¹⁹ On the other hand, Art 28(4) MAL, which prescribes that the tribunal shall decide in accordance with the contract and take into account trade usages, was consciously omitted. It was considered “*self-explanatory*” and therefore not adopted expressly.²⁰

¹⁴ CHRISTIAN KOLLER, “Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen”, in CHRISTOPH LIEBSCHER, PAUL OBERHAMMER, and WALTER RECHBERGER (eds.), *Schiedsverfahrensrecht* (vol. II) (fn 10), mn. 12/10.

¹⁵ PAUL OBERHAMMER (fn 10), p. 145.

¹⁶ CHRISTIAN KOLLER, “Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen”, in CHRISTOPH LIEBSCHER, PAUL OBERHAMMER, and WALTER RECHBERGER (eds.), *Schiedsverfahrensrecht* (vol. II para) (fn 17), mn. 12/11; CHRISTIAN HAUSMANINGER, “§ 613 ZPO”, in Hans Fasching and Andreas Konecny (eds.), *Zivilprozessgesetze* (vol. IV/2) (fn 10), mn. 10.

¹⁷ § 403 Enforcement Act in conjunction with § 416(1) Enforcement Act and the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (adopted 10 June 1958, entered into force 7 June 1959, 330 UNTS 3). BARBARA KLOIBER and HARMUT HALLER, “Das neue Schiedsverfahrensrecht – eine Einführung”, in BARBARA KLOIBER, WALTER RECHBERGER, PAUL OBERHAMMER, and HARTMUT HALLER (eds.), *Das neue Schiedsrecht*, Vienna, Manz, 2006, pp. 62 et seq.

¹⁸ In the original: “(1) Das Schiedsgericht hat die Streitigkeit in Übereinstimmung mit den Rechtsvorschriften oder Rechtsregeln zu entscheiden, die von den Parteien vereinbart worden sind. Die Vereinbarung des Rechts oder der Rechtsordnung eines bestimmten Staates ist, sofern die Parteien nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart haben, als unmittelbare Verweisung auf das materielle Recht dieses Staates und nicht auf sein Kollisionsrecht zu verstehen.

(2) Haben die Parteien die anzuwendenden Rechtsvorschriften oder Rechtsregeln nicht bestimmt, so hat das Schiedsgericht jene Rechtsvorschriften anzuwenden, die es für angemessen erachtet.

(3) Das Schiedsgericht hat nur dann nach Billigkeit zu entscheiden, wenn die Parteien es ausdrücklich dazu ermächtigt haben.”

¹⁹ For the reasoning, see Explanatory Notes on the Government Draft, 22nd Legislative Period, Supplement no. 1158 to the Minutes of the Austrian National Council, p. 22; PAUL OBERHAMMER, “Rechtspolitische Schwerpunkte der Schiedsrechtsreform”, in BARBARA KLOIBER, WALTER RECHBERGER, PAUL OBERHAMMER, and HARTMUT HALLER (eds.), *Das neue Schiedsrecht* (fn 16), p. 133.

²⁰ PAUL OBERHAMMER (fn 10), p. 111.

12. As regards party autonomy, § 603(1) ZPO takes a decidedly liberal stance on the range of systems from which parties may choose. The provision clarifies that they may designate two types of legal standards:

- “legal provisions” (“*Rechtsvorschriften*”) or
- “legal rules” (“*Rechtsregeln*”)

13. “Legal provisions” is understood to signify formal systems of law.²¹ These are the typical national legal systems or private law rules governing autonomous communities, federal states or other sub-units of a state. In contrast, the expression “legal rules” is interpreted to mean “other systems of rules of conduct”.²² The introduction of this second standard is a major innovation of Austrian law in comparison to other laws, such as those that follow the MAL. The express permission given to the parties to select legal rules as the basis for the arbitration proceedings ensures the possibility of choosing non-state rules. Among them are rules set by international institutions, e.g., the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, or rules drafted by scientific groups, e.g. the Principles of European Contract Law. Some contend that the expression “legal rules” also covers the (in-)famous *lex mercatoria*.²³

14. Importantly for the case at hand, the expression “legal rules” can also be interpreted to cover the choice of religious rules of conduct. This is consonant with the intention behind § 603(1) ZPO to create “the broadest possible avenue” for party autonomy.²⁴ Academic authors underscore that there is no reason to meaningfully restrain the parties in their choice of law where they are free to empower a tribunal to decide *ex aequo et bono* (§ 603(3) ZPO), thus without reference to any legal standard.²⁵

15. The LGZ Wien fully joined this reasoning within the order on appeal. It stressed the broad autonomy afforded to parties in matters of choice of law, further reinforced in the instant case by the specific language of the dispute resolution agreement, which stated that disputes shall be resolved “according to Islamic provisions of law (*Ahlus-Sunnah wal-Jamaah*), *ex aequo et bono* to the best of [the tribunal’s] knowledge and belief”. The clause thus combines (non-state) “legal rules” in the sense of § 603(1) ZPO with a decision *ex aequo et bono* under § 603(3) ZPO.

16. A possible objection against this combination is that it leaves the hierarchy between the chosen religious rules and a decision *ex aequo et bono* unclear. This criticism is not completely unwarranted. Yet the degree of discretion granted to the sole arbitrator is no greater than with a decision fully rendered *ex aequo et bono*, and the clause does not rise to such a level of incomprehensibility as to render it incapable of being interpreted at all. Consequently, there is little reason to doubt that Austrian arbitration law as currently in force permits an effective choice of religious law as the *lex causae*. As no differentiation is made between domestic and international arbitration,²⁶ this also holds true for entirely domestic proceedings.

²¹ HELMUT HEISS and LEANDER LOACKER, “Anwendbares Recht”, in CHRISTOPH LIEBSCHER, PAUL OBERHAMMER, and WALTER RECHBERGER (eds.), *Schiedsverfahrensrecht* (vol. II) (fn 10), mn. 9/94.

²² Explanatory Notes on the Government Draft (fn 19), p. 22: “sonstige Systeme von Handlungsanordnungen”.

²³ CHRISTIAN HAUSMANINGER, “§ 603 ZPO”, in HANS FASCHING and ANDREAS KONECNY (eds.), *Zivilprozessgesetze* (vol. IV/2) (fn 10), mn. 48.

²⁴ PAUL OBERHAMMER (fn 10), p. 109: „eine möglichst breite Einfallspforte“; HELMUT HEISS and LEANDER LOACKER, “Anwendbares Recht”, in CHRISTOPH LIEBSCHER, PAUL OBERHAMMER, and WALTER RECHBERGER (eds.), *Schiedsverfahrensrecht* (vol. II) (fn 10), mn. 9/95; KATHARINA PLAVEC, “§ 603 ZPO”, in GEORG KODEK and PAUL OBERHAMMER, *ZPO-ON*, Vienna, Manz, 2023, mn. 7.

²⁵ PAUL OBERHAMMER (fn 10), p. 109; HELMUT HEISS and LEANDER LOACKER, “Anwendbares Recht”, in CHRISTOPH LIEBSCHER, PAUL OBERHAMMER, and WALTER RECHBERGER (eds.), *Schiedsverfahrensrecht* (vol. II) (fn 10), mn. 9/95.

²⁶ Explanatory Notes on the Government Draft (fn 19), p. 3; WALTER RECHBERGER, “Bemerkungen zum neuen österreichischen Schiedsverfahrensrecht”, in BARBARA KLOIBER, WALTER RECHBERGER, PAUL OBERHAMMER, and HARTMUT HALLER (eds.), *Das neue Schiedsrecht* (fn 16), p. 76.

17. There is no doubt that the conflict-of-laws issue was correctly decided. However, the appropriateness of the result reached in this case should be questioned from a *de lege ferenda* perspective. There is no convincing policy reason to justify the parties' right to choose a non-state legal system in purely domestic agreements. Where the case has no foreign nexus and the proceedings take place before state courts, many legal systems exclude a choice of law altogether.²⁷ Art 3(3) Rome I Regulation is somewhat more liberal because it does not deprive the choice of its validity, yet it prohibits any derogation from mandatory rules of domestic law in such cases.²⁸ A derogation from such norms is also not justifiable by reference to Art 28 MAL, which was designed only for international arbitration (Art 1(1) MAL).

18. Austrian law departs in this respect from the European and international models. The government draft proposing implementation of the MAL into Austrian law mentions a need to “*ensure that mandatory provisions of Austrian law from which, for instance, no derogation is possible via a choice of law, cannot be circumvented through a choice of (arbitral) proceedings*”.²⁹ The legislator recognized this potential risk only for proceedings involving consumers, and tried to mitigate it by adding an additional annulment ground for deviations from overriding mandatory provisions.³⁰ Yet critically, the same risk of circumvention also exists in B2B disputes, where it is currently unresolved: Mandatory laws can be deselected even in domestic disputes, despite such circumvention being impossible in proceedings before state courts.³¹

19. A liberal approach to party autonomy and choice of law is appropriate in international arbitration, and only a loose foreign nexus should be required to trigger such freedom. However, where no foreign element at all can be discerned, the policy motivation of broad party autonomy does not apply, and the choice of dispute resolution method should not entail far-reaching consequences on the applicable law. For this limited number of purely domestic cases, the legislator should consider supplementing the general rule on party autonomy regarding choice of law (§ 603(1) ZPO) with a provision replicating the rule under Art 3(3) Rome I Regulation. This provision should state that, where all relevant factors of a case point to one jurisdiction, a choice of law cannot derogate from mandatory substantive rules of that jurisdiction. Such a simple clarification would be sufficient to tackle the issue. A more drastic intervention, such as the creation of an additional non-harmonized annulment ground for violations of the choice of law regime, is unwarranted.

3. The Public Policy Exception as a Ground for Setting Aside

20. Having established its duty of incidental review and the ability of the parties to select rules of religious law to govern their dispute, the LGZ Wien finally turns to the central question of the proceedings: compatibility of the arbitral award with Austrian substantive public policy under § 611(2)(8) ZPO. The Court examines conformity in two respects: first, it assesses whether the arbitral award was the result of an arbitrary decision; second, it assesses whether the content of Islamic law in general comports with Austrian substantive public policy.

²⁷ See the Austrian case law, eg OGH 10 November 1998, 4 Ob 279/98b; VERENA CAP, “§ 11 IPRG”, in SIMON LAIMER (ed.), *IPR Praxiskommentar*, Vienna, LexisNexis ORAC, 2024, mn. 10; MATTHIAS NEUMAYR, “§ 11 IPR-G”, in PETER BYDLINSKI, STEFAN PERNER, and MARTIN SPITZER, *ABGB Kurzkommentar*, Vienna, Verlag Österreich, 7th edn. 2023, mn. 1; BEA VERSCHRAE-GEN, “§ 11 IPRG”, in PETER RUMMEL, MEINHARD LUKAS, and ANDREAS GEROLDINGER, *ABGB*, Vienna, Manz, 4th edn. 2023, mn. 3.

²⁸ See in detail GHALF-PETER CALLIESS, “Art 3 Rome I Regulation”, in GHALF-PETER CALLIESS and MORITZ RENNER, *Rome Regulations*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 3rd edn. 2020, mn. 52–55; PETER MANKOWSKI, “Art 3 Rome I Regulation”, in ULRICH MAGNUS and PETER MANKOWSKI, *European Commentaries on Private International Law* (vol. II), Munich, sellier, 2017, mn. 374–377.

²⁹ Explanatory Notes on the Government Draft (fn 19), p. 30: “*dafür Sorge zu tragen, dass zwingende Bestimmungen österreichischen Rechts, die etwa auch durch Rechtswahl nicht abbedungen werden können, nicht durch die Wahl des (Schieds) Rechtsweges umgangen werden können*”.

³⁰ § 617(6)(1) ZPO; Explanatory Notes on the Government Draft (fn 19), p. 30.

³¹ See above fn 30 and 31.

a) Substantive Arbitrariness

21. The appellant himself only invoked the first of these aspects, namely arbitrariness of the decision. In his appeal, he cited differing scholarly opinions and “discussions” within the Muslim community on the precise content of Islamic law, producing uncertainties in determining the exact rules on which the parties had agreed. The appellant seemed to imply that any resultant award would necessarily be an arbitrary synthesis of various views, rendering the selection and interpretation of those rules arbitrary.

22. Indeed, Austrian case law has repeatedly entertained the idea that an arbitral award rooted in arbitrariness as to the substantive result may violate public policy when it is the result of an “*arbitrary application of the law*”³² or “*a completely untenable interpretation [of the law]*”.³³ In line with the international standard established by the MAL and the NYC, the arbitrariness exception is interpreted narrowly. It does not provide comprehensive recourse against the tribunal’s interpretation or application of the law governing the merits (prohibition of the *révision au fond*).³⁴

23. In line with this standard, the LGZ Wien roundly rejected the appellant’s submissions on arbitrariness. It reasoned that the sole arbitrator “*conducted proceedings with the involvement of both parties, examined evidence, and made comprehensible and reasoned factual determinations. Neither the legal assessment nor the remaining remarks contain indicia for an arbitrary decision*”.³⁵

24. This does not fully encapsulate the issue of arbitrariness under § 611(2)(8) ZPO, though. On the one hand, substantive arbitrariness relates only to the interpretation and application of the law governing the substance of the dispute within the award itself. It is distinct from a violation of the right to be heard, failure to conduct fair proceedings, or failure to give reasons. The latter reasons are examined under different grounds – either a violation of the right to be heard³⁶ or a violation of procedural public policy³⁷ – and would be precluded by the appellant’s failure to file an application for annulment.³⁸ This reveals a deeper issue with the jurisprudence qualifying arbitrary application of the law as a violation of substantive public policy: Such questions remain open to court review indefinitely.³⁹ Substantive arbitrariness stands out as an annulment ground in that it is primarily in the interest of the affected party but need not be raised in annulment proceedings. This is contradictory and does not fit into the overall system of incidental review, which normally protects (only) overarching public interests.⁴⁰ Furthermore, this qualification is incompatible with the oft-repeated principle that substantive public policy relates only to the result of an award, not its justification.⁴¹

³² OGH 15 May 2019, 18 OCg 1/19z: “*im Falle willkürlicher Rechtsanwendung*”.

³³ OGH 20 March 2018, 18 OCg 1/17x: “*ein völlig untragbares Auslegungsergebnis*”; the exception was first considered in OGH 23 February 2016, 18 OCg 3/15p on the basis of German case law (CHRISTIAN HAUSMANINGER, “§ 611 ZPO”, in HANS FASCHING AND ANDREAS KONECNY (eds.), *Zivilprozessgesetze* (vol. IV/2) (fn 10), mn. 162) and has since been firmly accepted, see KATHARINA PLAVEC, “§ 603 ZPO”, in GEORG KODEK AND PAUL OBERHAMMER, *ZPO-ON* (fn 24), mn. 54.

³⁴ OGH 23 February 2016, 18 OCg 3/15p; 20 March 2018, 18 OCg 1/17x; 15 May 2019, 18 OCg 6/18h; 15 May 2019, 18 OCg 1/19z; 15 January 2020, 18 OCg 12/19t; 17 October 2024, 18 OCg 1/24g.

³⁵ In the original: “[...] führte ein Verfahren unter Beteiligung der Parteien durch, erhob Beweise und traf im Schiedsspruch nachvollziehbare und begründete Feststellungen”.

³⁶ § 611(2)(2) ZPO; see OGH 15 May 2019, 18 OCg 6/18h; 15 May 2019, 18 OCg 1/19z; 2 March 2021, 18 OCg 10/19y; 17 October 2024, 18 OCg 1/24g.

³⁷ § 611(2)(5) ZPO; see OGH 28 September 2016, 18 OCg 3/16i; 9 October 2018, 18 OCg 2/18w; 15 May 2019, 18 OCg 1/19z; 2 March 2021, 18 OCg 10/19y; 17 October 2024, 18 OCg 1/24g.

³⁸ On the interplay between these three grounds, see in particular OGH 15 May 2019, 18 OCg 6/18h; 15 May 2019, 18 OCg 1/19z; 17 October 2024, 18 OCg 1/24g.

³⁹ See § 613 ZPO, which asks courts and administrative authorities to ignore arbitral awards that are incompatible with public policy.

⁴⁰ See above IV.1.

⁴¹ Eg OGH 15 December 2021, 18 OCg 5/21s; 15 May 2019, 18 OCg 1/19z; 19 December 2018, 3 Ob 153/18y.

b) Content of Islamic Law

25. In the public debate following the LGZ Wien's decision, the question whether an arbitral award rendered in accordance with principles of Islamic law comports with fundamental notions of the Austrian legal system was prominently discussed. In reality, however, this was not the most significant issue of the proceedings. The appellant had expressly relied on allegations of substantive arbitrariness only and had not taken issue with the notion of Islamic law itself.

26. Nonetheless, the Court interspersed general considerations on the nature and content of "Sharia law" throughout the order on appeal. It was noticeably overwhelmed with this task from a methodological perspective. Not only did the Court define the terms "Sharia" and "Ahlus-Sunnah wal-Jamaah" by reference to Wikipedia and a personal Tumblr blog.⁴² It also cited a report of the German Federal Parliament on the compatibility of Sharia law with German fundamental rights – verbatim, without quotation marks, and even without replacing references to "Germany" with "Austria". This handling of the available source material – crucial for a dependable decision – warrants criticism.

27. As pertains to case law, the Court discussed at length the judgment of the European Court of Human Rights in *Molla Sali v. Greece*.⁴³ In that ruling, the application of Islamic law to a succession case against the will of the deceased individual was found to violate the Convention. It is not clear, and remains unexplained, however, how the reasoning of that case transposes to a voluntary choice of Islamic law in arbitral proceedings. It rather seems that the LGZ Wien cited the judgment for its detailed comparative considerations. Only thereafter did the Court briefly refer to some Austrian case law applying the family or succession law of Muslim-majority jurisdictions.⁴⁴

28. These sources appear entirely distinct from the case before the LGZ Wien. From the start, the Court failed to concretize a specific concern to assess from the vantage point of public policy. As no issue was ever properly stated, the Court was unable to engage concretely with the implications of specific provisions of Islamic law, and it never revealed which ones were relevant. Nor did it properly assess the concrete outcome of the application of Islamic law to the parties' dispute, as established private international law methodology would have required it to.⁴⁵

III. Conclusion

29. From the perspective of Austrian private international law, an assessment of the LGZ Wien's decision produces ambivalent results. On the one hand, the Court's barebones analysis of Islamic law leaves much to be desired, regarding both analytical accuracy and the quality of authority consulted. The decision is a fitting example of the difficulties frequently faced by lower courts in identifying reliable sources on foreign law. On the other hand, the sober and open-ended perspective of the LGZ Wien must be commended. The Court did not give in to preconceived notions and was unimpressed by the appellant's unfounded allegations of arbitrariness. Nonetheless, the Court remained firm on public policy. It showed a willingness to vigorously oppose the imposition of religious views which are at odds with civil rights or other fundamental notions of the Austrian legal system, should it be presented with such cases.

⁴² As citations have been omitted from the translation, this is not evident from the above excerpt of the decision.

⁴³ ECHR 19 December 2018, *Molla Sali v. Greece*, Case No 20452/14.

⁴⁴ Namely OGH 28 February 2011, 9 Ob 34/10 (rejecting a violation of public policy through application of restrictive rules on post-divorce maintenance claims under Saudi law); 22 October 2010, 9 Ob 70/10z (rejecting a violation of public policy due to impossibility of adult adoption under Syrian family law for the Muslim population); 1 December 2022, 5 Ob 42/22w (rejecting a violation of public policy for proxy marriages, provided the parties have personally consented to the identity of their spouse); 26 September 2024, 8 Ob 88/24k (*mahr* is subject to the provisions on dowry of the Austrian Civil Code).

⁴⁵ See above fn 45.

30. It can be hoped that a similarly measured response from the legislator will follow. This should concern domestic arbitration, where the degree of autonomy currently afforded to parties in respect of subjective choice of law should be reconsidered. Arbitration should be primarily chosen for its characteristics as a dispute resolution process, not for achieving higher autonomy with regard to the choice of the applicable substantive rules.

31. At present, wider adjustments are under discussion. A complete ban of Islamic law seems out of the question. In particular, such a ban may entail devastating effects for existing family relationships even where no public policy concerns exist.⁴⁶ It would also run counter to international conventions, such as the Hague Maintenance Protocol, and European regulations, such as the Rome I–III Regulations and the Succession Regulation. For the Austrian Private International Law Act, the governing coalition has announced a planned shift from the principle of nationality – which still prevails in Austrian private international law – to the domicile principle.⁴⁷ This would be in line with developments in European and international law and, as such, well worth discussing.

32. However, the coalition program justifies this shift with its goal to avoid the application of Islamic law in Austria. This argument is misleading: unlike the sole arbitrator in the proceedings discussed here, state courts will never apply Islamic law directly, but only insofar as it forms part of a foreign national legal system.⁴⁸ In doing so, the Austrian court's function is not to assess the validity or religious significance of a certain rule; it is simply tasked with identifying the objective legal reality – private law as it is actually applied.⁴⁹ Principles of Islamic law can only be relevant insofar as they are actually applied in the foreign jurisdiction in question. The result of applying these principles is, naturally, subjected to Austria's public policy regime.

33. On the other hand, it must be underscored that the change of connecting factor would not exclude the application of national laws based on Islamic law. While the shift from the nationality criterion to the habitual residence criterion may reduce the application of such laws in some situations, it will increase it in others, for instance for Austrian nationals living in Muslim-majority countries.

⁴⁶ FLORIAN HEINDLER, "Subject to the Principles of the Glorious Shari'a – Anmerkungen zu LGZ Wien 47 R 65/25v, 47 R 66/25s", *Zeitschrift für Familien- und Erbrecht*, 2026, p. 6.

⁴⁷ AUSTRIAN FEDERAL CHANCELLERY, *Regierungsprogramm 2025–2029*, Vienna, 2025, p. 125.

⁴⁸ Instructively BGH, 12 December 1979, IV ZB 65/79, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1980, p. 412; this holds true under the prevailing view for Art 3 Rome I Regulation, see GHALF-PETER CALLIESS, "Art 3 Rome I Regulation", in GHALF-PETER CALLIESS and MORITZ RENNER (eds.), *Rome Regulations* (fn 28), mn. 33.

⁴⁹ BEA VERSCHRAEGEN, "§ 3 IPRG", in PETER RUMMEL, MEINHARD LUKAS, and ANDREAS GEROLDINGER (eds.), *ABGB* (fn 27), mn. 5.

El contrato de servicios en el Derecho comparado: especial mención a los ordenamientos portugués e italiano^{*}

Service contracts in comparative law: special mention of the Portuguese and Italian legal systems

COVADONGA LÓPEZ SUÁREZ

Doctora en Derecho e Investigadora Posdoctoral del Plan Estatal FPU

ORCID ID: 0009-0008-2810-4086

Recibido: 08.01.2025 / Aceptado: 11.02.2026

DOI: 10.20318/cdt.2026.10294

Resumen: El presente artículo aborda la problemática generalizada del contrato de servicios, partiendo de su configuración en España como una figura nominada pero prácticamente atípica debido a la obsolescencia de su base legal. Ante este escenario, se realiza un estudio de Derecho comparado centrado en los ordenamientos jurídicos de Italia y Portugal, analizando sus respuestas a la inadaptación de sus Códigos Civiles a la economía terciarizada.

Palabras claves: Contrato de servicios; derecho comparado; ordenamiento italiano; ordenamiento portugués

Abstract: This article addresses the widespread problem of service contracts, starting from their configuration in Spain as a nominally existing but practically atypical concept due to the obsolescence of their legal basis. Against this backdrop, a comparative law study is carried out focusing on the legal systems of Italy and Portugal, analysing their responses to the inadequacy of their Civil Codes in relation to the service economy.

Keywords: Service contract; comparative law; Italian legal system; Portuguese legal system

Sumario: I. Introducción. II. El contrato de servicios en Italia: “*il contratto d’appalto servizi*”. III. El contrato de servicios en Portugal: “*o contrato de prestação de serviço*”. 1. Contexto histórico: el proceso de codificación portugués. 2. El “*contrato de prestação de serviço*” y sus peculiaridades. A) Los distintos contratos de servicios en Portugal. B) El “*contrato de prestação de serviço*”: un contrato atípico. C) El contrato de “*empreitada*”: un contrato de “*prestação de serviço*” en tela de juicio. 3. Conclusiones: el contrato de servicios en el ordenamiento portugués. IV. El contrato de servicios en otros ordenamientos. V. Reflexiones finales: el contrato de prestación de servicios desde una perspectiva holística.

Este artículo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación “El contrato de prestación de servicios en el actual entorno tecnológico y social” (PID2021 – 1226190B-I00), del que es Investigadora Principal la Dra. María Dolores Cervilla Garzón, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Cádiz. Asimismo, es consecuencia de la realización de dos estancias de investigación: una primera en la Università di Roma La Sapienza del 10 de abril de 2023 al 10 de julio de 2023 bajo la tutorización de Giovanni PERLINGIERI; y una segunda, en la Universidade do Porto del 1 de julio de 2024 al 1 de octubre de 2024 bajo la tutorización de Raquel GUIMÃRAES y Helena MOTA. Estas estancias se realizaron gracias a la financiación obtenida por el citado Proyecto de Investigación, así como por las ayudas concedidas por parte de la Facultad de Derecho y del Plan Propio UCA de apoyo y estímulo a la investigación y transferencia.

I. Introducción

1. El contrato de prestación de servicios es, en nuestro ordenamiento, un contrato nominado pero atípico: tiene *nomen iuris* (contrato de arrendamiento de servicios), pero, tras la derogación de facto de la mayor parte de su clausulado, carece de base legal. Ante este escenario, han sido doctrina y jurisprudencia las que, con el tiempo, se han encargado del desarrollo de este tipo contractual, tomando para ello como piedra angular el artículo 1544 CC. Este precepto, cuya literalidad dicta que “en el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto”, resulta ser el origen de la visión dicotómica mantenida en relación al contrato de servicios tradicionalmente; esto es, es el que explica que se haya atendido a la naturaleza de la obligación principal asumida por el prestador, calificándose como contrato de servicios aquel que hospeda una obligación de medios; y considerándose contrato de arrendamiento de obra aquel que versa sobre una obligación de resultado.

2. Frente a esta visión dicotómica, las nuevas tendencias apuntan a la unificación del contrato de prestación de servicios. Las previsiones legales que realizara el legislador español a finales del siglo XIX han quedado obsoletas: el cambio de escenario y, en definitiva, la primacía de los servicios en el entorno socioeconómico presente o terciarización de la economía, han dado a luz a un “contrato de servicios” que escapa a aquel que se reguló, que alberga tanto obligaciones de medios como obligaciones de resultado. Así pues, se produce el paso “de la dicotomía a la unificación”: el contrato de servicios pasa a ser unitario, de modo que la naturaleza de la obligación no incide en su calificación, sino que afecta tan solo a la determinación de su cumplimiento¹.

3. Este cambio de paradigma no se produce exclusivamente en nuestro ordenamiento. Las economías europeas y occidentales han sido partícipes asimismo del auge de los servicios, afectando ello a los negocios jurídicos perfeccionados en torno a los mismos. Claro ejemplo son los textos de *soft law* europeos (cuya relevancia en la modernización del derecho de contratos es notable, aun cuando no resulten vinculantes).

4. Con motivo de sendas estancias realizadas en la Universidad de Roma La Sapienza y en la Universidad de Oporto, y tomando como punto de partida el estado de la cuestión en nuestro ordenamiento, se procede a analizar el tratamiento que el contrato de servicios ha recibido en los ordenamientos vecinos, con especial hincapié en el italiano y, sobre todo, en el luso.

II. El contrato de servicios en Italia: “*il contratto d'appalto servizi*”

5. El Código Civil actualmente vigente en Italia (en adelante, CCIIt), aprobado en 1942, tipifica un amplio catálogo de contratos en particular en sus artículos 1470 a 1986, disponiendo, además, normas de aplicación general a todos los contratos en los artículos 1321 a 1469. Los negocios jurídicos que no encajen en los previstos expresamente por el legislador no estarán por ello vedados en el tráfico jurídico, pudiendo perfeccionarse en virtud de la autonomía de la voluntad o *autonomía contrattuale*². Estos serán considerados contratos atípicos y, por motivos evidentes, tan solo se atenderán a las normas generales.

6. En lo que respecta a los servicios, el artículo 1655 CCIIt establece que, si una de las partes, haciéndose cargo de los medios necesarios para ello y asumiendo el riesgo, se compromete a la conclusión

¹ Aporta una visión moderna y práctica acerca del contrato de servicios A. MACÍ MORILLO, *El contrato de servicios*, Barcelona, Atelier, 2025, p. 37 y ss.

² Amparada por el artículo 1322 CCIIt: “Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge e dalle norme corporative. Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico”.

de una obra o un servicio a cambio de dinero, el contrato que rija la relación será un *contratto d'appalto*³. La literalidad del precepto hace pensar en un primer acercamiento a la materia que el equivalente en el ordenamiento italiano al “contrato de servicios” español al que nos hemos referido brevemente en el inicio es el *contratto d'appalto servizi* y que, por lo tanto, debería regirse por lo dispuesto en el capítulo VII del título III del libro IV del CCIt (denominado “*Dell'appalto*”). En un análisis de mayor calado, esta afirmación queda en entredicho.

7. Aun cuando el *contratto d'appalto* comprende tanto el *contratto d'appalto d'opera* (considerado por la doctrina y la jurisprudencia como aquel que implica de algún modo la alteración del “estado material” de una cosa que ya existía), como el *contratto d'appalto servizi* (aquel que recae sobre cualquier servicio o “utilidad”, distinto de la obra⁴); la normativa que lo ordena parece atender únicamente a las necesidades surgidas de las situaciones en las que la prestación debida sea una *obra*, no un *servicio*⁵, de modo que puede concluirse que el contrato de servicios es explícitamente reconducido a una regulación que no atiende a las exigencias que naturalmente se derivan del mismo.

8. Lo anterior queda de manifiesto a tenor del artículo 1677 CCIt, según el cual, cuando el objeto del contrato sea la *prestazione continuativa o periodica di servizi*, a este le serán aplicables, además de las normas del *appalto*, las del *contratto di somministrazione*, en cuanto sean compatibles⁶. El *contratto d'appalto* fue diseñado para regir negocios jurídicos que tuvieran por objeto la realización de obras. No siendo, por ende, el tipo contractual idóneo para la regulación de la prestación de servicios, ello sí le permite acoger en su seno aquellos contratos consistentes en la prestación de servicios puntuales. Los que se perfeccionen en torno a servicios cuya prestación se dilate en el tiempo, esto es, que sea “continuada y periódica”, dada su idiosincrasia sí escaparán de ese presupuesto sobre el que se edifica la normativa del *contratto d'appalto*; debiendo, por este motivo, como decíamos, atenderse en estos casos a lo dispuesto tanto para el *contratto d'appalto* como para el *contratto di somministrazione*. 9. En consecuencia, en el ordenamiento italiano el “contrato de prestación de servicios” queda sujeto a dos regímenes: por una parte, debe estar a lo establecido para el *contratto d'appalto* en cuanto a que es el negocio jurídico expresamente destinado en el Código a la regulación de la prestación de un servicio; y, por otra, a lo previsto para el *contratto di somministrazione* en aquellos casos en los que este sea prestado de forma continua y periódica.

10. El de servicios es un contrato que en la práctica jurídica actual adquiere una relevancia capital, sustentando la economía italiana según los informes y estadísticas oficiales⁷: como en España, al producirse la terciarización de la economía, estas prestaciones adoptan un papel protagonista en Italia.

³ Artículo 1655 CCIt: “L'appalto e' il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro”.

⁴ La jurisprudencia italiana ha reparado en la distinción entre el *appalto d'opera* y el *appalto di servizi*, como atestigua la Sentencia Corte Suprema di Cassazione 17 abril 2001 n.5609 sez.2: “La distinzione tra appalto d'opera e appalto di servizi riguarda l'oggetto del contratto che può consistere sia in opere che in servizi, intendendosi per opera qualsiasi modificazione dello stato materiale di cose preesistenti e per servizio qualsiasi utilità che può essere creata da un altro soggetto, diversa dalle opere”. También sobre la cuestión se ha pronunciado la doctrina: entre otros, R. PANETTA, *Il contratto di appalto*, Turin, G. Giappichelli Editore, 2016, pp. 1-2. Para más información sobre cómo se regula el *contratto d'appalto servizi*, vid. A. ALBANESE, “El contrato de obra o de servicios como fuente de obligaciones en el derecho italiano”, *Instituto de Derecho Iberoamericano*. [Consultado online: <https://idibe.org/tribuna/contrato-obra-servicios-fuente-obligaciones-derecho-italiano/>; última consulta 8 diciembre 2025].

⁵ Este es un hecho fácilmente apreciable a tenor de lo establecido en el capítulo destinado a la regulación del *appalto* (Cap. II X). Así lo manifiesta F. J. INFANTE RUIZ, “El contrato de servicios en el siglo XXI: política legal y (re)codificación”, en F. J. INFANTE RUIZ y F. OLIVA BLÁZQUEZ (Dir.), *La modernización del contrato de servicios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 111.

⁶ Artículo 1677 CCIt: “Se l'appalto ha per oggetto prestazioni continuative o periodiche di servizi, si osservano, in quanto compatibili, le norme di questo capo e quelle relative al contratto di somministrazione”.

⁷ Según DPI ESTRATEGIA-91 GRADOS, “Dossier Italia 2022”, *Informe de la situación actual y posibilidades del ingreso al mercado*, p. 8 [Consultado online: <https://www.ardan.es/czfv/downloads/pdf/6f5db6683436ebae862225b482f560b4.pdf>; última consulta 8 diciembre 2025]; en Italia el sector servicios representa (datos relativos al año 2022) un 73,6% del PIB y ocupa al 70% de la población activa.

Las modificaciones que han dado lugar a este escenario se produjeron con posterioridad a la redacción del CCIt, lo que explica que un tipo contractual de tal calado y que es empleado con asiduidad no disponga de una regulación *ad hoc*. Aunque resulta criticable la no actuación por parte del legislador, que se ha abstenido de reformar la normativa para adaptarla al cambio estructural del tráfico jurídico, quedando este negocio regido por lo establecido para otros escenarios fácticos; en cualquier caso, la solución que dispuso el legislador en el año 1942 es, en nuestra opinión, preferible a que se hubiera considerado el contrato de servicios un contrato atípico por alejarse la realidad del supuesto de hecho que inspiró y guio al legislador⁸. Esto último habría sido sumamente perjudicial en un escenario jurídico en el que los servicios son un pilar fundamental y se perfeccionan contratos en torno a ellos continuamente.

11. En este contexto en el que el contrato de servicios es tenido por un *contratto d'appalto*, rigiéndose por las normas del *appalto* y del *contratto di somministrazione*, el problema radica en discernir si prima la regulación de uno u otro contrato, en cómo ha de articularse este régimen. El código no se pronuncia sobre la cuestión, dando pie a diversas opiniones por parte de la doctrina.

12. Para RUBINO, el *contratto d'appalto* no es ni un “contrato instantáneo” ni uno “de duración”, manteniendo este autor que se trata de un negocio jurídico que versa sobre una prestación de “ejecución prolongada”. Partiendo de esta premisa, sostuvo que han de aplicarse con prioridad las normas del *appalto*, en su defecto, las de los “contratos de duración” y, en último lugar, las del contrato de *somministrazione*⁹.

13. CORRADO considera más oportuno aplicar las normas del *contratto d'appalto* sobre unos determinados aspectos y del de *somministrazione* en otros, entendiendo que debería aplicarse lo previsto para el contrato de *somministrazione* en tanto en cuanto refiere a la continuación y reiteración de la prestación, pero las normas del *appalto* en lo que respecta a las consecuencias propias de cada servicio¹⁰.

14. Por su parte, GIANNATTASIO ha considerado que en este asunto debiera primar la voluntad común de las partes, recayendo, en última instancia, esta empresa en el juez¹¹.

15. Esta controvertida cuestión no es baladí, pues en algunos aspectos las regulaciones de uno y otro contrato distan considerablemente. Por una parte, destacan las diferencias existentes en las normas dispuestas para la determinación del precio en caso de no haber sido concretado por las partes: el *contratto di somministrazione* se rige por lo establecido en el artículo 1561 CCIt (que reconduce la cuestión al artículo 1474 CCIt), mientras que para el *contratto d'appalto* se concreta en el artículo 1657 CCIt (precepto que redirige la cuestión a las tarifas y usos existentes y, a falta de estos, establece que deberá ser el juez quien se pronuncie en la materia)¹². Por otro lado, son dignas de mención las distancias entre ambos regímenes en cuanto a la forma del pago del precio en caso de no haberse pronunciado sobre ello las partes: en el caso *della somministrazione* esta se determinará conforme los artículos 1562 CCIt¹³

⁸ Todo ello lo pone de manifiesto V. BARBA, “Régimen jurídico del contrato de prestación de servicios en Italia”, en M. D. CERVILLA GARZÓN e I. ZURITA MARTÍN (Dir.) *El actual contrato de prestación de servicios*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2023, p. 343.

⁹ D. RUBINO y G. IUDICA, *Dell'appalto : art. 1655-1677 (Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca)*, 4.ª ed, Zanichelli editore-Soc. Ed. Del Foro Italiano, Bologna-Roma, 2007, pp. 200 y 526.

¹⁰ R. CORRADO, *La Somministrazione (Trattato di Diritto Civile Italiano dir. F. VASSALLI)*, vol. VII, tomo II, Turín, UTET, 1954, p. 9.

¹¹ C. GIANNATTASIO, *L'appalto (Trattato di Diritto Civile e Commerciale dir. A. CICU y F. MESSINEO)*, XXIV, tomo II, 2.ª ed., Milán, Giuffrè editore, 1977, pp. 32-33. En contra de esta opinión se postula R. BOCCHINI, “Il contratto di somministrazione di servizi”, en R. BOCCHINI y A. M. GAMBINO (aut.) *I contratti di somministrazione e di distribuzione (Trattato dei Contratti dir. P. RESCIGNO y E. GABRIELLI)*, Turín, UTET, 2011, p. 15. Este último autor entiende que esta interpretación contraviene lo indicado por el legislador italiano en el artículo 1677 CCIt.

¹² Sobre la determinación del precio en el *contratto d'appalto*, vid. A. ALBANESE, “Il pagamento del prezzo nell'appalto”, *Attualidad jurídica iberoamericana*, n° 20, 2024, pp. 437-442.

¹³ “Nella somministrazione a carattere periodico il prezzo e' corrisposto all'atto delle singole prestazioni e in proporzione di ciascuna di esse. Nella somministrazione a carattere continuativo il prezzo e' pagato secondo le scadenze d'uso”.

y 1563 CCIt¹⁴; en tanto que para el *contratto d'appalto* esto mismo se llevará a cabo por medio de lo establecido en los artículos 1665 y 1666 CCIt (que relacionan el pago por parte del contratante con la verificación de la obra objeto del contrato). Asimismo, se aprecian divergencias en relación a la duración de la prestación si esta no ha sido acotada por las partes, en materia de desistimiento o de resolución y suspensión del contrato.

16. En opinión de BARBA (parecer que compartimos) la no determinación por parte de la ley de las normas que han de prevalecer no es un problema, sino más bien una virtud¹⁵. Sin que la ley encorsete a las partes, estas podrán adaptar la normativa disponible lo mejor posible a su situación particular. Si no, podría suceder que en algún caso se vieran obligados a aplicar las normas del *contratto di somministrazione* y que fueran más adecuadas la del *appalto* o viceversa. De establecerse un orden de preferencia entre unas normas y otras, este debería ser dispositivo, en ningún caso imperativo, por estos mismos motivos.

17. A pesar de todo lo anterior, ha habido autores que han defendido que el contrato de prestación de servicios ha de regirse en exclusiva por la normativa prevista para el *contratto di somministrazione*. Este sector doctrinal apoya sus afirmaciones, en primer lugar, en que, en un inicio, en el *contratto di somministrazione* se encuadrarían expresamente, además de aquellos contratos en los que se diera una “cosa”, aquellos otros en los que se prestara un “servicio”. Además, alega que el *contratto d'appalto* fue diseñado para aquellos casos en los que el prestador se comprometiese a la realización de una obra, no de un servicio y, como resultado, el régimen jurídico que se confeccionó para tal fin no sería óptimo para regir los contratos que tengan por objeto la prestación de servicios.

18. Aun con los motivos argüidos, consideramos que la postura precedente no es correcta. El *contratto di somministrazione* queda reservado para aquellos negocios que tengan por objeto proporcionar una “cosa” y no un “servicio” dada la literalidad del precepto: “el suministro es un contrato por el que una parte se obliga, a cambio de un precio, a realizar para la otra, la ejecución periódica o continuada de cosas”¹⁶ (artículo 1559 CCIt). En consecuencia, sería más acertado redirigir el contrato de prestación de servicios al *contratto d'appalto*, incluso aunque este no se planteara para la prestación de un servicio *continuado*.

19. En suma, tras este somero análisis del tratamiento recibido en el ordenamiento jurídico italiano del contrato de servicios, podemos afirmar que tampoco en este se dispone de una regulación del mismo adecuada y completa a día de hoy. El contrato de servicios previsto por el CCIt no es acorde a la realidad social y económica actual, que es la que queda abocado a regir; y, como resultado, no se pronuncia sobre algunos aspectos de relevancia que han tenido que ir cercándose con el tiempo por jurisprudencia y doctrina. Las similitudes en este sentido con lo sucedido en el ordenamiento jurídico español son evidentes.

20. Por último, es necesario realizar dos apreciaciones: en primer lugar, que algunas de estas normas se verán alteradas en aquellas ocasiones en las que el negocio jurídico se perfeccione entre profesionales y consumidores (por ejemplo, en materia de desistimiento); siendo de aplicación, en estos casos, el Decreto legislativo 6 de septiembre de 2005, n. 206 (Código de consumo italiano); y, en segundo lugar, que cuando quien presta el servicio es considerado un “*professionista intellettuale*”¹⁷ el contrato perfec-

¹⁴ “Il termine stabilito per le singole prestazioni si presume pattuito nell’interesse di entrambe le parti. Se l’avente diritto alla somministrazione ha la facoltà di fissare la scadenza delle singole prestazioni, egli deve comunicarne la data al somministrante con un congruo preavviso”.

¹⁵ Vid. V. BARBA, “Régimen jurídico del contrato de prestación de servicios en Italia”, en M. D. CERVILLA GARZÓN e I. ZURITA MARTÍN (Dir.) *El actual contrato de prestación de servicios*, op. cit. pp. 350-351.

¹⁶ En italiano, “la somministrazione e’ il contratto con il quale una parte si obbliga, verso corrispettivo di un prezzo, a eseguire, a favore dell’altra, prestazioni periodiche o continuative di cose”.

¹⁷ Caracterizado por llevar a cabo una actividad eminentemente intelectual (como su propio nombre indica), estar inscrito en un registro o lista (vid. artículo 2229 CCIt), estableciéndose las consecuencias de la falta de inscripción en el artículo 2231

cionado será un *contratto di prestazione d’opera intellettuale*¹⁸, siéndole aplicables las normas contenidas en el capítulo II del título III del libro IV CCIt, denominado “*Delle professioni intellettuali*”¹⁹, en lugar de las normas del *contratto d’opera*²⁰ (regulado por capítulo I del título III del libro V del CCIt).

III. El contrato de servicios en Portugal: “o contrato de prestação de serviço”

1. Contexto histórico: el proceso de codificación portugués

21. El Código Civil Portugués actualmente vigente (en adelante, CCPt) data del año 1966. Este vino a sustituir al Código que llevaba en vigor desde el año 1867, comenzando su tramitación en el año 1944. Se trataba, de esta manera, de modernizar el Derecho Civil portugués, utilizándose para ello de ejemplo los códigos italiano (de 1942 sobre el que hemos hecho ya algunas matizaciones en el apartado precedente) y alemán.

22. Con respecto a la parte dedicada al Derecho de obligaciones y contratos, se tomó la decisión de encomendar la redacción del proyecto a dos autores de renombre, VAZ SERRA²¹ y GALVÃO TELLES²²: mientras que el primero se encargaría de la redacción de la parte general de obligaciones, el segundo haría lo propio con los contratos en particular. Este último, en relación al contrato de servicios entendía necesaria la concreción de normas específicas para cuatro tipos de contratos de servicios diferentes: mandato, depósito, *empreitada* (obra) y transporte. Dada la naturaleza de los contratos de transporte y de *empreitada*, se consideraba que ambos debían ser objeto de regulación del Código Mercantil que posteriormente se redactaría, en lugar del Código Civil, de tal manera que GALVÃO TELLES tan solo atendió, en cuanto a contratos de servicios, a los de mandato y depósito.

23. En el proceso de modernización del Derecho privado portugués se estaba entre seguir el modelo italiano, que unifica en un único texto los códigos civil y mercantil, o seguir el modelo francés, que diferencia ambos códigos. Habiéndose tomado la determinación de seguir la estela marcada por este último y, por tanto, siendo la intención que se redactaran dos códigos nuevos (un Código Civil y uno Mercantil), finalmente el proyecto demostró ser “demasiado ambicioso”²³, de tal manera que, a la postre, se centraron los esfuerzos en la redacción de este primero (el Civil), dejándose de lado este segundo (el Mercantil). Dadas las circunstancias y la relevancia del contrato de *empreitada*, que no podía quedar sin tipificar, se encargó a VAZ SERRA que redactara su regulación para que se introdujera en el Código Civil (aunque se hubiera acordado anteriormente relegarlo al mercantil).

24. De este modo, el CCPt regula el contrato *de prestação de serviço* concretando las normas por las que se han de regir el contrato de mandato, el de depósito y el de *empreitada*, habiendo sido redactado el régimen de estos dos primeros por GALVÃO TELLES, y este último por VAZ SERRA²⁴.

CCIt (“la prestazione eseguita da chi non e’ iscritto non gli da’ azione per il pagamento della retribuzione”); por ser la prestación *intuitu personae* o personalísima, exigiéndose al profesional que se encargue personalmente del asunto (vid. artículo 2232 CCIt).

¹⁸ Sobre el mismo, vid. N. FERRANTE, “Il contratto d’opera intellettuale”, *Avvocato Ferrante*. [Consultado online: <https://www.avvocatoferrante.it/it/contratto-dopera-intellettuale.html>]; última consulta 8 diciembre 2025].

¹⁹ Así lo establece el artículo 2230 CCIt, que se remite a la normativa del *rapporto* en todo aquello en lo que sea compatible (“Il contratto che ha per oggetto una prestazione d’opera intellettuale e’ regolato dalle norme seguenti e, in quanto compatibili con queste e con la natura del rapporto, dalle disposizioni del capo precedente. Sono salve le disposizioni delle leggi speciali.”).

²⁰ El artículo 2222 CCIt dice de este: “Quando una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un’opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente, si applicano le norme di questo capo, salvo che il rapporto abbia una disciplina particolare nel libro IV”.

²¹ Catedrático de la Universidad de Coimbra.

²² Catedrático de la Universidad de Lisboa.

²³ En palabras de N. M. PINTO OLIVEIRA, “Contracts for the provision of a service in Portugal”, en F. J. INFANTE RUIZ y F. OLIVA BLÁZQUEZ (Dir.), *La modernización del contrato de servicios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 221.

²⁴ Sobre la cuestión, vid. I. GALVÃO TELLES, “Contratos civis. Projecto completo de um título do futuro. Código Civil português e respectiva Exposição de Motivos”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1954, p. 70.

25. La regulación del contrato de servicios en el ordenamiento jurídico portugués es sensiblemente diferente a la que contempla del mismo el ordenamiento jurídico español. Aunque el proceso de codificación y sus particularidades dejaron huella en la configuración de este contrato en Portugal, lo que separa a uno de otro no viene dado únicamente por ello, sino que también se debe a que cada uno de estos códigos (el CCpt de 1966 y el CC de 1889) bebe de un modelo diferente: España, al desarrollar el CC tomó de referencia principalmente el Código Civil francés; mientras que Portugal, cuando modernizó su Derecho privado en 1966, recurrió a los códigos italiano y alemán²⁵.

26. Este es el telón de fondo sobre el que se desarrolla el contrato de servicios en el ordenamiento jurídico portugués. Tanto el trasfondo histórico en el que se envuelve la codificación del actual CCpt, como los ordenamientos en los que se inspira han de estar presentes en el estudio de este contrato.

2. El “contrato de prestação de serviço” y sus peculiaridades

A) Los distintos contratos de servicios en Portugal

27. El artículo 1154 CCpt define el “*contrato de prestação de serviço*” como “aquel en el que una de las partes se obliga a proporcionar a la otra cierto resultado de su trabajo intelectual o manual, con o sin retribución”²⁶. Si se analiza con cierto detalle este precepto partiendo de lo anteriormente anotado en cuanto al contrato de prestación de servicios en España, el lector se percatará de que, en algunos aspectos, la definición portuguesa de este negocio jurídico entra en colisión con la española.

28. Un aspecto eminentemente superficial sería la denominación escogida por el legislador portugués: contrato de prestación de “un servicio”. A diferencia de la referencia acogida en España por la doctrina o la jurisprudencia al referirse a esta figura (e incluso a diferencia del Código Civil español, que habla del contrato de arrendamiento de “servicios”; sucediendo esto mismo en los códigos de Francia e Italia), en Portugal se emplea el singular, no el plural. Esta no fue una elección hecha al azar, así como tampoco se debió a un descuido, sino que fue una decisión consciente de GALVÃO TELLES²⁷, quien tomó de referencia la *locatio conductio operis* romana (que consideraba antecesora del contrato de servicios), siendo “*operis*” singular²⁸. El autor advertía sobre el particular que esto mismo no había de significar que el prestador se obligara en cualquier caso a la realización de un único acto, pues “servicio” hace referencia a la naturaleza de la actividad a la que se comprometió; de modo que la divergencia nominativa carece realmente de implicaciones prácticas.

29. Cuestión distinta es la que dirime si el contrato de servicios portugués exige, a diferencia de nuestro ordenamiento, que para poder ser calificado como tal la obligación sobre la que recaiga sea necesariamente de resultado. El origen de esta incógnita se encuentra en la literalidad del propio precepto

²⁵ Concretamente, la regulación prevista por el CCpt se corresponde en gran medida con la regulación dada por los códigos alemán e italiano. En este sentido, P. ROMANO MARTÍNEZ, *Direito das obrigações (parte especial). Contratos*, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 388-389, afirma que las diferencias que puedan apreciarse entre el tratamiento recibido por el contrato de servicios en estos últimos y el que hace de él el CCpt se deben a la historia del propio CCpt.

²⁶ Traducción propia de lo previsto por el precepto: “aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição”.

²⁷ Vid. I. GALVÃO TELLES, “Contratos civis. Projecto completo de um título do futuro.Código Civil português e respectiva Exposição de Motivos”, *op. cit.*, p. 69.

²⁸ A pesar de que esto es lo que el propio GALVÃO TELLES afirma, lo cierto es que la *locatio conductio operis* no es popularmente considerada la antecesora del contrato de servicios, sino que, más bien, lo es del contrato de obra; siendo la *locatio conductio operarum* la institución aparejada a los orígenes del contrato de prestación de servicios. Sobre esta cuestión se pronuncia N. M. PINTO OLIVEIRA, “Contracts for the provision of a service in Portugal”, en F. J. INFANTE RUIZ y F. OLIVA BLÁZQUEZ (Dir.), *La modernización del contrato de servicios*, *op. cit.*, pp. 223 y 224 (concretamente, en pie de página 13), resaltando el hecho de que, teniendo esto último en cuenta, lo correcto sería hablar de “contrato de prestación de *servicios*” y no “de *un servicio*”, pues “*operum*” es plural.

que, como transcribíamos, lo define como aquel en el que se obliga una de las partes a “proporcionar a la otra cierto *resultado* de su trabajo intelectual o manual”. La mención explícita a la obtención de un determinado “resultado” en el seno de este negocio jurídico, según la doctrina, permitía ser interpretada en dos sentidos: o bien, como decíamos, hacía referencia a las obligaciones de resultado; o, como finalmente se concluyó, en realidad, se apuntaba cuál es la línea que separa el *contrato de trabalho*²⁹ de dicho negocio jurídico.

30. La delimitación de la línea divisoria entre el *contrato de trabalho* y el *contrato de prestação de serviço* se desprende de lo previsto por el Código. En virtud de lo establecido por el artículo 1152 CCpt, el *contrato de trabalho* es “aquel para el cual una persona se obliga, mediante retribución, a prestar su actividad intelectual o manual a otra persona, bajo la autoridad y dirección de esta”. Si ponemos esta noción en relación con la que da el artículo 1154 CCpt del *contrato de prestação de serviço*, pueden apreciarse los dos aspectos que marcan la diferencia entre uno y otro según el texto de la ley: el *contrato de prestação de serviço* se caracteriza porque una de las partes se compromete al resultado de su trabajo sin depender para su consecución de dirección alguna (no existe subordinación, el sujeto actúa acorde a su saber y conocimientos); mientras que el *contrato de trabalho* es aquel por medio del que una de las partes se compromete a aportar su trabajo en sí mismo, quedando sujeto a la autoridad de la otra parte³⁰. Con todo, las afirmaciones realizadas por el propio GALVÃO TELLES³¹ sobre la materia son asimismo clarificadoras: este, ante la pregunta de cómo podría dilucidarse si el objeto de un determinado contrato es el “trabajo” o un “resultado”, es rotundo al afirmar que el uno no puede existir sin el otro, debiendo prestarse atención a si el servicio (o trabajo) se presta con o sin atender a la dirección de quien lo contrata, para poder determinar si el contrato perfeccionado es de *trabalho* o de *prestação de serviço*. La literalidad de la norma queda reducida a lo siguiente: si se contratara a un motorista para la prestación de un servicio (en general), se habría perfeccionado un *contrato de trabalho*, pero si se le hubiese contratado para la realización de un trayecto concreto, se habría perfeccionado un *contrato de prestação de serviço*³².

31. Visto lo anterior, es pacífica la doctrina al considerar que, habida cuenta del silencio guardado por el legislador y la clara predominancia de la segunda de las alternativas citadas, el *contrato de prestação de serviço* se abre a obligaciones tanto de medios como de resultado. La mera posibilidad de reducir el *contrato de prestação de serviço* al compromiso de una obligación de resultado fue duramente criticada tanto desde un punto de vista teórico como desde un punto de vista práctico, llegándose a la conclusión de que debiera este comprender tanto obligaciones de medios como de resultado, aun cuando una interpretación literal y estricta de la norma pareciera contraria a ello³³. La doctrina y la jurisprudencia optan por desvincular ese “resultado” mencionado en el artículo 1154 CCpt del propio de dicha

²⁹ El *contrato de trabalho*, en virtud de lo establecido por el artículo 1153 CCpt queda “sujeto a legislación especial”.

³⁰ Así lo afirma F. A. PIRES DE LIMA y J. M. ANTUNES VARELA, “Comentario al artículo 1154”, *Código Civil Anotado*, vol. II, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra editora, 1986, p. 702. Por su parte, L. M. T. MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, vol. III *Contratos em especial*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 429, aunque no está de acuerdo con la distinción misma entre obligaciones de resultado y de medios, MENEZES LEITÃO se inclina a pensar que en este caso es a las obligaciones de resultado a lo que hace referencia el legislador. También se pronuncian sobre este asunto: A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, vol. XII *Contratos em especial* (2ª parte). *Parceria pecuária, comodato, mútuo, prestação de serviço, mandato, depósito, empreitada, rendas, jogo e aposta e transacção*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 286-287; o A. PRATA, “Comentario al artículo 1154”, en A. PRATA (coord.) *Código Civil anotado*, vol. I *Artigos 1º a 1250º*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 1427-1428. Sobre la cuestión destaca la siguiente sentencia del Tribunal Supremo portugués: *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* 23 enero 2003 (Processo nº 02B3441).

³¹ Concretamente, nos referimos a I. GALVÃO TELLES, “Contratos civis. Projecto completo de um título do futuro. Código Civil português e respectiva Exposição de Motivos”, *op. cit.*, p. 201.

³² Ejemplo tomado de F. A. PIRES DE LIMA y J. M. ANTUNES VARELA, “Comentario al artículo 1154”, *Código Civil Anotado*, *op. cit.*, p. 703.

³³ Sobre esta cuestión, *vid.* N. M. PINTO OLIVEIRA, “Contracts for the provision of a service in Portugal”, en F. J. INFANTE RUIZ y F. OLIVA BLÁZQUEZ (Dir.), *La modernización del contrato de servicios*, *op. cit.*, p. 229; y A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, vol. XII *Contratos em especial* (2ª parte). *Parceria pecuária, comodato, mútuo, prestação de serviço, mandato, depósito, empreitada, rendas, jogo e aposta e transacção*, *op. cit.* p. 386. Tal y como manifiesta PINTO OLIVEIRA, se puso en entredicho esta interpretación de la ley porque, en realidad, un servicio no deja de ser una “actividad humana” y, por ende, debiera “ser tenida por tal, independientemente de su resultado”.

tipología de obligaciones, sobre todo con motivo de aquellos servicios (particularmente, los médicos o los jurídicos) en los que no es posible garantizar *a priori* que el resultado buscado podrá ser alcanzado aun con una correcta prestación del servicio (estos son servicios cuyo resultado no depende únicamente del propio prestador). Concretamente, en el ámbito de los servicios médicos, el *Supremo Tribunal de Justiça* portugués ha afirmado que en el *contrato de prestação de serviço* se admiten contratos que recaigan sobre obligaciones de medios [v. gr. *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* 23 marzo 2023 (Processo nº 296/07.7TBMCN.P1.S1)³⁴; o el más reciente *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* 21 febrero 2019 (Processo nº 3784/15.8T8CSC.L1.S1)³⁵]. Por ende, si las partes acordaron que el prestador exclusivamente se compromete a realizar una actividad (tendente a un resultado), el cliente únicamente puede exigir a esta dicha actividad, pero no el resultado en sí mismo amparándose en que se trata de un *contrato de prestação de serviço* y que, por ello, la obligación asumida es “de resultado”.

32. Si ponemos esto en relación con lo mencionado acerca del contrato de servicios en España, es posible apreciar cómo el fenómeno al que denominábamos “de la dicotomía a la unificación” se ve reflejado (y amparado) en la interpretación dada por la doctrina y la jurisprudencia portuguesas a lo previsto por su Código: en un ordenamiento en el que la norma relaciona taxativamente la prestación de servicios con lo que pareciera ser un tipo concreto de obligación (en este caso, una obligación de resultado) se reconduce, en la aplicación práctica de este contrato, a la permisión en su seno de ambos tipos de obligaciones (tanto de medios como de resultado). En cualquiera de los casos, tomando el mensaje general que pretende transmitir el artículo 1154 CCpt, podríamos decir que la definición acuñada por el legislador portugués del contrato de *prestação de serviço* es muy similar a la que prepondera en España (salvando algunos extremos). Se trata esta de una definición muy genérica que da cabida a múltiples negocios jurídicos, negocios jurídicos que serían todos ellos considerados contratos de *prestação de serviço*. No obstante, si un negocio jurídico concreto, respondiendo a la noción general de *contrato de prestação de serviço*, no encajara en uno de los contratos de servicios “especiales” desarrollados más adelante, este será tenido por “*contrato de prestação de serviço atípico*”.

B) El “contrato de prestação de serviço”: un contrato atípico

33. Como adelantábamos en el prólogo de carácter histórico, para la modernización del Derecho privado portugués se tomó la determinación concretar en el seno de su nuevo Código Civil el régimen jurídico por el que debían regirse tres contratos de servicios: el de mandato, depósito y obra (o *empreitada*). Así lo dispone el artículo 1155 CCpt al establecer que “el contrato de mandato, el de depósito y el de obra, regulados en los siguientes capítulos, son modalidades del contrato de prestación de servicios”³⁶. Como el propio precepto indica, además de procederse a la definición de cada uno de estos contratos (permitiendo al aplicador de la norma discernir si el supuesto de hecho que dirime se corresponde o no con uno de estos contratos especiales), los subsiguientes capítulos se destinan a concretar las reglas por las que estos quedan sujetos; de modo que cada uno goza de un régimen especial.

34. Empero la existencia y regulación especializada de estos tres contratos de servicios no im-

³⁴ En el propio sumario la resolución aclara este asunto, afirmando en primer lugar que “de um modo geral, tem-se entendido que o resultado correspondente ao fim visado pelo contrato de prestação de serviço de ato médico não se reconduz a uma obrigação de resultado, no sentido de garantir a cura do paciente, mas a uma obrigação de meios dirigida ao tratamento adequado da patologia em causa mediante a observância diligente e cuidadosa das regras da ciência e da arte médicas (leges artis)”; para a continuación zanjarlo estableciendo que “porém, casos há em que, tratando-se de ato médico com margem de risco ínfima, a obrigação pode assumir a natureza de obrigação de resultado”.

³⁵ En el mismo sentido que la sentencia anterior, el sumario de este acuerdo afirma nuevamente que “no âmbito do contrato de prestação de serviços médicos, em geral, não recai sobre o médico o dever de promover a cura do doente com quem contrata ou a obrigação de lhe restituir a saúde, mas somente a obrigação de empreender todos os meios ajustados a conseguir tal resultado, considerando-se que a obrigação do médico é uma obrigação de meios, e não de resultado”.

³⁶ Traducción propia de lo dispuesto literalmente por el artículo: “o mandato, o depósito e a empreitada, regulados nos capítulos subsequentes, são modalidades do contrato de prestação de serviço”.

plica que únicamente estos puedan ser considerados *contratos de prestação de serviço*: por una parte, esta enumeración no constituye un *numerus clausus*, sino un *numerus apertus*, pudiendo regularse cualesquiera contratos de servicios que se desee en normas especiales³⁷; y, por otra, cualquier contrato que responda a la definición establecida en el artículo 1154 CCpt será un contrato de servicios. Así pues, aquellos negocios jurídicos que escapen a las respectivas delimitaciones impuestas para ser calificados como uno de los contratos de servicios con régimen propio, pero se correspondan con la definición general prevista en el artículo 1154 CCpt, serán considerados contratos de servicio “atípicos”. Sobre estos últimos nada dispone el Código más que lo establecido en el artículo 1156 CCpt: a los contratos de prestación de servicios “no regulados especialmente” se les deberán aplicar “las disposiciones sobre el mandato [...] con las adaptaciones que sean necesarias”³⁸.

35. Por lo tanto, actualmente, el estado de la cuestión en relación al contrato de servicios luso es el siguiente. En Portugal se define el *contrato de prestação de serviço* en el artículo 1154 CCpt y, si bien pareciera a primera vista que solo se incluyen los contratos que recaen sobre obligaciones de resultado, la jurisprudencia ha interpretado este precepto de tal modo que permite su extensión también a aquellos negocios jurídicos perfeccionados en torno a obligaciones de medios. De entre todos los contratos que pudieran encajar en esta definición, el legislador portugués se decide a dar un tratamiento especial a tres tipos de *contratos de prestação de serviço* concretos (a los que denominaremos, en adelante, *contratos de prestação de serviço* típicos): el *mandato*, el *depósito* y la *empreitada*. A la regulación de cada uno de ellos se destina un capítulo del propio CCpt en el que se concretan las normas especiales por las que estos contratos han de regirse: el *mandato* se regula por lo establecido en el capítulo X del título II del libro II CCpt (artículos 1157 a 1184); el *depósito*, en el capítulo XI del título II del libro II CCpt (artículos 1185 a 1206); y la *empreitada*, en el capítulo XII del título II del libro II CCpt (artículos 1207 a 1230). Como el capítulo dedicado al *contrato de prestação de serviço* en general no delimita las normas por las que este debe regirse, hemos de considerar a todo aquel contrato que responda a la definición prevista en el artículo 1154 CCpt, pero no a las dadas de *mandato*, *depósito* y *empreitada*, un *contrato de prestação de serviço* atípico (salvando aquellos casos en los que el contrato concreto haya sido objeto de una ley específica); debiendo, por lo dispuesto en el artículo 1156 CCpt, atender en la medida de lo posible a lo establecido para el mandato.

36. Un análisis de los *contratos de prestação de serviço* atípicos, a la luz de lo expuesto, requerirá, tanto la identificación de estos contratos como el estudio del artículo 1156 CCpt, siendo indispensable partir de cómo se ha interpretado en la práctica para desentrañar cuál es el régimen al que deben atenerse estos contratos.

37. Para abordar este primer extremo, esto es, para reconocer los *contratos de prestação de serviço* atípicos, será necesario tener presentes las definiciones dadas por el CCpt para los contratos de *mandato*, *depósito* y *empreitada*. El *contrato de mandato*, según el artículo 1157 CCpt, será aquel “por medio del cual una de las partes se obliga a realizar uno o más actos jurídicos por cuenta de otra” (muy similar a la noción vigente actualmente en España de este); el de *depósito*, según el artículo 1185 CCpt, será aquel otro por medio del que “una de las partes entregue a la otra una cosa, mueble o inmueble, para que la guarde y restituya cuando sea exigida” (tampoco difiere en demasía del contrato de depósito que se prevé en nuestro CC); y el de *empreitada*, en virtud del artículo 1207 CCpt, será aquel contrato

³⁷ Consecuencia de esto último es que a lo largo de los años se hayan publicado textos que regulan el *contrato de agência* (Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de julho), el de *mediação imobiliária* (Lei n.º 15/2013, de 8 de fevereiro), el de *intermediação financeira* (regulado por los artículos 289 y ss. del Código de Valores Mobiliários) o el de *intermediação desportiva* (al que se refiere el artículo 38 de la Lei n.º 54/2017, de 14 de julho), entre otros. Sobre la cuestión, vid. C. DE OLIVEIRA CARVALHO, “Comentario al artículo 1154”, en A. AGOSTINHO GUEDES y J. VIEIRA GOMES (Coord.) *Comentário al Código Civil. Direito das Obrigações. Contratos em Especial*, Universidade Lisboa, Católica Editora, 2023, p. 656.; y J. VIEIRA GOMES y A. AGOSTINHO GUEDES, “Comentario al artículo 1155”, en A. AGOSTINHO GUEDES y J. VIEIRA GOMES (Coord.) *Comentário al Código Civil. Direito das Obrigações. Contratos em Especial*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2023, p. 659.

³⁸ Traducción propia del precepto: “as disposições sobre o mandato são extensivas, com as necessárias adaptações, às modalidades do contrato de prestação de serviço que a lei não regule especialmente”.

“por el que una de las partes se obliga en relación a otra a realizar una cierta obra, mediante un precio”, entendiendo doctrina y jurisprudencia que con “obra” se hace referencia a la realización de un bien material³⁹ (homólogo, en consecuencia, a nuestro contrato de obra). Partiendo de esto, podemos afirmar que el *contrato de prestação de serviço* atípico se define negativamente como aquel que, estando dirigido a la consecución de un determinado resultado (que no necesariamente deberá incluirse en el *facere*) del trabajo manual o intelectual del prestador, realizado de forma autónoma y sin quedar subordinado a la dirección de quien solicitó ese servicio: no consiste en la realización de actos jurídicos por cuenta de esta otra persona; en guardar y, posteriormente, restituir una cosa que le ha sido dada; ni en la construcción de un bien material (salvando, como advertíamos, la posibilidad de que haya sido regulado en alguna de las leyes especiales dictadas hasta la fecha que positivizan algunos de los contratos de prestación de servicios que en un inicio eran atípicos).

38. Hacer frente al segundo punto planteado, es decir, tratar de dilucidar cuáles son las normas aplicables a estos contratos en virtud de lo establecido por el artículo 1156 CCpt, se presenta como una tarea algo más compleja, pues no depende del propio texto de la ley, sino que recae sobre las opiniones e interpretaciones vertidas tanto por la jurisprudencia como por los autores que han estudiado la cuestión.

39. Decíamos que la única previsión que el CCpt realiza al respecto de estos contratos deriva su regulación a lo establecido para el mandato. La parquedad de este precepto puede llevar al intérprete a concluir que, por medio de este artículo, el legislador trataba de establecer como régimen general aplicable a los *contratos de prestação de serviço* atípicos las normas previstas para el mandato. Sin embargo, esta conclusión ha sido desechada expresamente, entendiéndose que, con ello, se realiza una reconducción a las normas del mandato tan solo en tanto en cuanto fuera necesario “colmar alguna laguna” a la vista de lo estipulado por las partes⁴⁰. Así pues, a la luz de estas afirmaciones, el artículo 1156 CCpt ha de ser interpretado de tal forma que, dándose plena libertad a los sujetos contratantes para estipular cuanto quieran con respecto al negocio que perfeccionan (ateniéndose, lógicamente, a los límites establecidos por la ley a la autonomía de la voluntad en materia contractual), incluso pudiendo contravenir con lo acordado las normas imperativas previstas para el *contrato de mandato*, se acudirá subsidiariamente a las normas de este último tipo para aquellos aspectos en los que no hayan deparado los sujetos.

40. Esta interpretación no queda exenta de problemas en la práctica, pues las normas del mandato no se adaptan bien a todos los servicios que carecen de regulación *ad hoc*: el *mandato* es un negocio jurídico que, dadas sus necesidades particulares y su especialidad fue deslindado del régimen jurídico general aplicable al *contrato de prestação de serviço*, disponiendo de un catálogo de normas diseñadas específicamente para él teniendo en cuenta los aspectos que lo diferencian del resto de servicios. Por lo tanto, es más que probable que, de entre los diversos servicios que pudieran ser objeto del *contrato de prestação de serviço*, pudiera existir algunos para los que no se amolde correctamente lo previsto para el *contrato de mandato*.

41. Para solventar este inconveniente, los jueces portugueses, siguiendo la estela de lo predicado por la doctrina, han llegado a la conclusión de que no solo es posible la aplicación a estos vínculos jurídicos de las normas previstas para el *contrato de mandato* por lo establecido en el artículo 1156 CCpt, pues será también posible la aplicación de las previstas para los contratos de *depósito* y *empreitada*. Tal y como apuntan LIMA y VARELA⁴¹, el hecho de que el código “integre” el *mandato*, el *depósito* y la *empreitada* en el “tipo general de *contrato de prestação de serviço*”, representa una “afirmación legal de la

³⁹ Vid. *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* 6 mayo 2003 (Processo nº 02A3679); o *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* 10 julio 2008 (Processo nº 08B2174).

⁴⁰ Vid. J. VIEIRA GOMES, y A. AGOSTINHO GUEDES, “Comentario al artículo 1156”, en A. AGOSTINHO GUEDES y J. VIEIRA GOMES (Coord.) *Comentário al Código Civil. Direito das Obrigações. Contratos em Especial*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2023, p. 660.

⁴¹ Vid. F. A. PIRES DE LIMA y J. M. ANTUNES VARELA, “Comentario al artículo 1155”, *Código Civil Anotado*, vol. II, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra editora, 1986, p. 703.

analogía entre ellos y de la comunión de los principios que los dominan, hecho que no es indiferente para la interpretación de las respectivas disposiciones y posible integración de las lagunas de la regulación”. Con este planteamiento, se abriría la posibilidad de aplicar al supuesto de hecho concreto, al *contrato de prestação de serviço* atípico en cuestión, aquella normativa que mejor se le adecuara. Por lo tanto, aunque el Código establezca el mandato como normativa base para la regulación de los *contratos de prestação de serviço* atípicos, lo que rige en la práctica es analizar el supuesto de hecho, ver con cuál de los tres tipos de *contrato de prestação de serviço* típicos guarda mayores semejanzas y aplicar, en su caso, las normas de este en la medida de lo posible⁴². Aun a pesar de esta interpretación abierta a la aplicación analógica de cualquiera de estos regímenes, para evitar posibles incompatibilidades derivadas de la aplicación de unas normas diseñadas para un negocio jurídico concreto a otro con características diversas, se permite la aplicación, para el mismo caso, de reglas del *mandato* para un determinado aspecto, pero de la *empreitada*, para otro⁴³. De esta forma se favorece una mejor adaptación de las normas aplicables al supuesto de hecho, evitándose, tanto como es posible bajo esta regulación, el empleo de un régimen no adecuado al mismo⁴⁴.

42. Si bien es interesante que se haya permitido que los *contratos de prestação de serviço* atípicos observen las normas previstas para el de depósito, lo que ha tenido mayor relevancia en este sentido y, por ende, donde se han aglutinado la mayor parte de los pronunciamientos, ha sido la extensión (en determinados casos) de la regulación del *contrato de empreitada* a aquellos cuyo objeto consiste en obras intelectuales, no materiales o corpóreas. Resaltan los pronunciamientos realizados al respecto por ROMANO MARTÍNEZ⁴⁵, quien destaca que si un *contrato de prestação de serviço* atípico presenta problemas propios del *contrato de empreitada* lo aconsejable es aplicar lo previsto para este último, o BAPTISTA MACHADO⁴⁶ al hilo del *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* 8 noviembre 1983 (Processo nº 070884). En esta sentencia, dicho Tribunal considera aplicable el régimen del *contrato de empreitada* a la elaboración de un proyecto por parte de un arquitecto, que no debería ser aplicable de acuerdo con una interpretación literal estricta de la norma por ser el objeto del contrato inmaterial; siguiendo su estela destacan los más recientes *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* 24 abril 2012 (Processo nº 683/1997.L1.S1)⁴⁷; o el *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* 14 diciembre 2016 (Processo nº 492/10.0TBPTL.G2.S1)⁴⁸.

43. Esta interpretación, eminentemente flexible y abierta a la modulación de las normas aplica-

⁴² En este sentido se pronuncian J. VIEIRA GOMES y A. AGOSTINHO GUEDES, “Comentario al artículo 1155”, en A. AGOSTINHO GUEDES y J. VIEIRA GOMES (Coord.) *Comentário al Código Civil. Direito das Obrigações. Contratos em Especial*, op. cit., p. 659.

⁴³ Vid. N. M. PINTO OLIVEIRA, “Contracts for the provision of a service in Portugal”, en F. J. INFANTE RUIZ y F. OLIVA BLÁZQUEZ (Dir.), *La modernización del contrato de servicios*, op. cit., p. 229.

⁴⁴ Esto explica que las normas aplicables al *contrato de prestação de serviço* se caractericen por su flexibilidad. Vid. sobre la cuestión A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil, vol. XII Contratos em especial (2ª parte). Parceria pecuária, comodato, mútuo, prestação de serviço, mandato, depósito, empreitada, rendas, jogo e aposta e transacção*, op. cit., p. 392.

⁴⁵ Vid. P. ROMANO MARTÍNEZ, *Direito das obrigações – Parte Especial. Contratos*, op. cit., p. 391.

⁴⁶ Vid. J. BAPTISTA MACHADO, “Anotação [ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de Novembro de 1983]”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº 118, 1985-1986, p. 278.

⁴⁷ En el propio sumario de la sentencia se establece: “Trata-se de um contrato de prestação de serviços (art. 1154.º do CC), embora atípico, abrangido pelo princípio da liberdade contratual (art. 405.º do CC), que apresenta, conforme os casos, maior ou menor afinidade com o contrato de empreitada ou com o contrato de mandato, daí que a sua atipicidade determinará a aplicação das regras contidas nas suas próprias cláusulas e as normas gerais dos contratos, admitindo, ainda, a aplicação das regras do mandato devidamente adaptadas, se disso for caso, e, na medida do possível e sempre que a semelhança das situações o justifique, as regras da empreitada, designadamente, em sede de cumprimento defeituoso, por inobservância de regras procedimentais de ordem meramente técnica”.

⁴⁸ Esta resolución es especialmente clarificadora al afirmar que: “I. O contrato de empreitada, segundo a noção dada no artigo 1207.º do CC, fruto da solução legislativa adotada nesse âmbito, tem como traço característico a realização de certa obra corpórea e material, estando o respetivo regime legal modelado, nos seus diversos segmentos, em torno dessa característica. II. Nessa medida, aquele regime revela-se, em regra, inadequado a reger os contratos de prestação de serviço atípicos que tenham por objeto um resultado consistente na realização de obra incorpórea e imaterial, em relação aos quais será, subsidiariamente, aplicável, com as necessárias adaptações, o regime do contrato de mandato, nos termos do artigo 1156.º do CC. III. Tal não obsta, porém, a que, em sede dessas adaptações, se possa aplicar disposições do regime do contrato de empreitada mais conformes, quando as do contrato de mandato se mostrem inadequadas ao caso”.

bles en función del caso concreto, era necesaria, habiendo quedado ello de manifiesto a tenor de las críticas⁴⁹ vertidas sobre el conocido *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* 3 noviembre 1983 (Processo nº 070604)⁵⁰. En esta, el Tribunal adoptó la decisión de considerar un *contrato de empreitada* a uno que tenía por objeto la producción de una película para una empresa de televisión: aunque en sí misma esta prestación ha de ser considerada una obra intelectual o artística, se argumenta que, al traducirse posteriormente a un resultado material (una cinta, en el caso de la película), le son aplicables las normas del *contrato de empreitada*.

44. A la vista de todo lo anterior, consideramos que, en términos generales, el régimen jurídico general por el que se rigen los *contratos de prestação de serviço* en Portugal es deficiente: aunque, en realidad, este régimen *per se* no es deficiente, es inexistente, la interpretación que han hecho la jurisprudencia y la doctrina de los escasos preceptos que a él se refieren ha logrado tejer un “cuasi régimen” que, en la práctica, solventa los problemas acaecidos, tornándolo meramente deficiente.

45. El ordenamiento jurídico portugués carece de normas generales aplicables a aquellos contratos que tengan por objeto la prestación de un servicio no particular o tipificado (esto es, que escape al *mandato*, *depósito*, *empreitada* y demás contratos regulados en leyes especiales). Estos, por este motivo, son denominados *contratos de prestação atípicos*, denominación que, a nuestro parecer, parece llevar implícito el mensaje de que es necesario tipificar todos y cada uno de los distintos contratos de servicio en función de aquel sobre el que recaen, y, esto, como más adelante desarrollaremos, lo consideramos un completo desacierto (tanto en abstracto, como teniendo presente la realidad socioeconómica en la que deben aplicarse estas normas).

46. A partir de lo descrito, restan dos apreciaciones por realizar sobre el *contrato de prestação de serviço* en Portugal. En primer lugar, no consideramos apropiado, como apuntábamos algunas líneas atrás, que el régimen que se previera legalmente para colmar los vacíos que pudieran darse en este tipo de contratos fuera el del *mandato*: si se detrae del “*contrato de prestação de serviço* genérico” al *mandato*, es porque este muestra una serie de peculiaridades no compartidas con los demás contratos de su categoría, esto es, porque necesita guiarse por unas normas diferentes a las comunes y personalizadas en función de sus propias características. En consecuencia, consideramos incoherente que esta regulación, diseñada para ese contrato concreto, sea aplicable a la generalidad. De hecho, el ordenamiento jurídico portugués es el único en el mundo que prevé la aplicación de la normativa prevista para el *mandato* al contrato de servicios general (si bien el ordenamiento suizo también establece como régimen general aplicable a los contratos de servicios que no se adecúan a ninguna regulación concreta el régimen establecido para el contrato de *mandato*⁵¹, el contrato de *mandato* suizo presenta tal número de discrepancias con respecto al que rige en ordenamientos como el portugués o el español, que no puede por ello considerarse que el ordenamiento jurídico suizo es análogo, en este sentido, al portugués⁵²).

47. Bajo nuestro punto de vista, el ordenamiento portugués debería haber desarrollado un régimen jurídico general aplicable a todos los *contratos de prestação de serviço*, prosiguiendo a continuación a especificar las particularidades a las que debieran atenerse los contratos concretos que requirieran normas especiales (*mandato*, *depósito* y *empreitada*).

48. Y, en segundo lugar, creemos que la manera en la que en Portugal se ha abordado el trata-

⁴⁹ Esta decisión jurisprudencial fue duramente criticada por L. M. T. MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, vol. III *Contratos em especial*, op. cit. p. 514 (concretamente, en el pie de página 1037).

⁵⁰ Sobre esta sentencia resalta el comentario realizado por ANTUNES VARELA: vid. J. M. ANTUNES VARELA, “Parecer [junto ao recurso de revista interposto para o Supremo Tribunal de Justiça, de que resultou o acórdão de 3 de Novembro de 1983]”, *Revista da Ordem dos Advogados*, nº 45, 1985, pp. 159-197.

⁵¹ Concretamente, dice así el artículo 394 A, párrafo 2, del Libro quinto (sobre derecho de obligaciones) del Código Civil Suizo: “Les règles du mandat s’appliquent aux travaux qui ne sont pas soumis aux dispositions légales régissant d’autres contrats”.

⁵² Vid. N. M. PINTO OLIVEIRA, “Contracts for the provision of a service in Portugal”, en F. J. INFANTE RUIZ y F. OLIVA BLÁZQUEZ (Dir.), *La modernización del contrato de servicios*, op. cit., p. 227.

miento de los contratos atípicos⁵³, ha compensado en cierto modo el desacierto del legislador al regularlo. A diferencia de la tradición jurídica española, más positivista y reacia a proponer interpretaciones contrarias a la literalidad de la norma, en Portugal se flexibiliza lo establecido por el legislador para permitir que a cada situación se pueda dar una respuesta personalizada y acorde a sus circunstancias.

C) El contrato de “*empreitada*”: un contrato de “*prestação de serviço*” en tela de juicio

49. De entre los tres *contratos de prestação de serviço* enumerados en el artículo 1155 CCPT, nos detenemos someramente en el dilema que la inclusión del *contrato de empreitada* en el catálogo de *contratos de prestação de serviço* provocó dadas las similitudes que pueden atisbarse con respecto a la tendencia hacia la unificación del contrato de servicios que se está produciendo en nuestro ordenamiento.

50. El modo en el que queda el contrato de servicios configurado en el CCPT implica que el contrato de obra o de *empreitada* sea un subtipo dentro del contrato de servicios, un tipo especial dentro de este negocio jurídico cuyo elemento diferenciador radica en la corporeidad de lo que se compromete el prestador a “hacer”. En un sentido similar, la consideración del contrato de servicios como uno que aúna tanto obligaciones de medios como de resultado pudiera conllevar que el “contrato de obra” fuera tenido por un tipo concreto de contrato de servicios caracterizado por centrarse en la realización de una “obra material”, por un “hacer” que se resuelve en un “dar”. Dado lo cual, consideramos interesante traer a colación la discusión que se desató en el país luso a consecuencia, justamente, de haber incluido como *contrato de prestação de serviço* al *contrato de empreitada*.

51. El *contrato de empreitada* queda delimitado por el artículo 1207 CCPT⁵⁴, aunque su definición no permite, *per se*, al intérprete discernir las características que le son propias y que hacen a un negocio jurídico tener que atenerse a unas normas especiales, en principio, diferentes a las previstas para los demás contratos de su misma índole⁵⁵. Han sido jurisprudencia y doctrina las que han asumido esta empresa, siendo pacífica la opinión de que este negocio jurídico únicamente recae sobre la realización de obras materiales⁵⁶ (así visto, se erige homólogo de nuestro “contrato de obra”).

52. Puede que motivado por la influencia alemana e italiana de este código, o puede que como consecuencia del proceso de codificación poco más arriba detallado, lo cierto es que el *contrato de empreitada* dista considerablemente de los otros dos *contratos de prestação de serviço* enumerados en el artículo 1155 CCPT; tal es así que algunos autores afirman que este pareciera un contrato perteneciente a otra clasificación de contratos. Dada esta premisa, la inclusión de regímenes tan dispares (de un lado, depósito y mandato y, de otro, *empreitada*) dentro del contrato de servicios ha ocasionado la puesta en duda del propio *contrato de prestação de serviço* como un “tipo de contrato”: hay quien defiende que se

⁵³ Sobre los contratos atípicos, *vid.* R. PINTO DUARTE, *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, Coimbra, Almedina, 2000; y P. PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, Coimbra, Almedina, 1995.

⁵⁴ Esta ha sido una definición discutida. Aunque no ahondamos sobre ello, *vid.* F. A. PIRES DE LIMA y J. M. ANTUNES VARELA, “Comentario al artículo 1207”, en *Código Civil Anotado*, vol. II, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra editora, 1986, pp. 786-791; J. SERRAS DE SOUSA, “Comentario al artículo 1207”, en A. PRATA (ed.) *Código Civil Anotado: Artigos 1.º a 1250.º*, Coimbra, ed. Almedina, 2017, pp. 1490-1493; A. FERRER CORREIA y M. HENRIQUE MESQUITA, “Anotação [ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de Novembro de 1983]”, *Revista da Ordem dos Advogados*, nº 45, 1985, pp. 129-158; J. CALVÃO DA SILVA, “Anotação Direitos de autor, cláusula penal e sanção pecuniária compulsória”, *Revista da Ordem dos Advogados*, nº 47, 1987, pp. 129-156; J. DE BRITO PEREIRA, “Do conceito de obra no contrato de empreitada”, *Revista da Ordem dos Advogados*, nº 54, 1994, pp. 569-622.

⁵⁵ Apunta N. M. PINTO OLIVEIRA, “Contracts for the provision of a service in Portugal”, en F. J. INFANTE RUIZ y F. OLIVA BLÁZQUEZ (Dir.), *La modernización del contrato de servicios*, *op. cit.*, p. 231, que la línea que separa este contrato del general es “bastante delgada”.

⁵⁶ Concretamente, F. A. PIRES DE LIMA y J. M. ANTUNES VARELA, “Comentario al artículo 1207”, *op. cit.*, p. 788, precisan que el contrato en cuestión versa sobre “la construcción, creación, reparación, modificación o demolición de una cosa”.

trata de una “clase de contratos”⁵⁷, quien se refiere al mismo como un “macrotipo”⁵⁸; o quien niega que se trate ni de un tipo ni de una clase de contratos⁵⁹.

53. En nuestra opinión, el nudo de la cuestión no radica en la propia inclusión del *contrato de empreitada* en el de *prestação de serviço*, sino más bien en la falta de régimen general de este último. Aunque es más que probable que la diferente autoría de las normas relacionadas con este contrato haya incidido en las diferencias que apuntan los autores, la ausencia de un hilo conductor que comunique todos los *contratos de prestação de serviço* y justifique que todos ellos forman parte de este tipo contractual (más allá de la simple definición dada en el artículo 1154 CCpt) dificulta la identificación conjunta de todos ellos. Es por esto por lo que consideramos que, de haberse previsto una regulación *ad hoc* para el *contrato de prestação de serviço* general (atípico con motivo de su inexistencia) y se hubiesen diseñado las relativas a aquellos *contratos de prestação de serviço* “especiales” (entre los cuales se encuentra el de *empreitada*) con una visión de conjunto, toda esta discusión habría sido erradicada. Avala la opinión que aquí mantenemos que los Tribunales actualmente apliquen normas dirigidas al *contrato de empreitada* al hallarse ante *contratos de prestação de serviço* cuyo objeto es inmaterial. Este hecho por sí mismo apuntala la consideración de todos estos contratos dentro de un mismo “tipo de contrato”.

3. Conclusiones: el contrato de servicios en el ordenamiento portugués

54. En líneas generales, el *contrato de prestação de serviço* en Portugal es aquel por medio del cual una de las partes se obliga a la realizar un trabajo intelectual o manual, de forma independiente o autónoma, que pudiera o no requerir de la consecución de un resultado concreto. El Código no desarrolla la normativa atinente al mismo, pero sí que regula con detenimiento el régimen de tres contratos concretos de *prestação de serviço*: el *mandato*, el *depósito* y la *empreitada*. Aquellos que difieran de las definiciones dadas para los mismos, serán tenidos por *contratos de prestação de serviço* atípicos, debiendo regirse, en primer lugar, por lo dispuesto por las partes y, de manera supletoria, por la normativa de aquel *contrato de prestação de serviço* tipificado que guarde mayor semejanza con el supuesto en cuestión, pudiéndose aplicar normas de unos y otros para el mismo caso.

55. Esta regulación data del año 1966, siendo considerablemente más actual que la vigente en España (del 1889). Su mayor juventud indica que esta primera se fraguó en un momento histórico en el que el sector servicios tenía una trascendencia superior de la que gozaba a finales del siglo XIX, por lo que se adapta y responde mejor a las necesidades de la sociedad contemporánea. A diferencia de lo previsto por el CCI, en el que el contrato de servicios se focaliza en aquellos prestados de forma puntual (relegando a un segundo plano a los prestados de forma continua y periódica); o por el nuestro CC, en el que se hace referencia a un contrato de servicios diseñado para vínculos en los que quedara subordinado el deudor de la prestación al acreedor (y que, tras haberse dotado de autonomía al derecho laboral, ha perdido casi todo su contenido); el portugués prevé explícitamente la existencia de un contrato de servicios caracterizado por la autonomía de quien lo presta, siendo pacífica la opinión de que puede recaer tanto sobre obligaciones de medios como de resultado (a pesar de la literalidad de la norma). Esta última visión del contrato de servicios es, a grandes rasgos, la defendida actualmente a nivel europeo en esta materia (alejándose considerablemente de la misma la vigente en nuestro CC).

56. Del análisis realizado del tratamiento dado por el ordenamiento jurídico portugués al contrato de servicio, por lo tanto, destacamos, en primer lugar, el mayor acierto del legislador luso al abordar este contrato en comparación con las regulaciones vigentes en otros países vecinos.

⁵⁷ En este sentido, P. PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, op. cit. pp. 163-164.

⁵⁸ Se pronuncia tal que así R. PINTO DUARTE, “Contratos de intermediação no Código dos Valores Mobiliários”, en *Escritos jurídicos varios 2000-2015*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 7-26 (en concreto, pp. 8 y 9).

⁵⁹ Es de esta opinión L. M. T. MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, vol. III *Contratos em especial*, op. cit., p. 429, niega que se trate ni de un tipo ni de una clase de contratos.

57. Por otro lado, a pesar de la conveniencia de dar respuesta a la singularidad de aquellos contratos concretos que, respondiendo a la definición general dada de *contrato de prestação de serviço* requieren de un tratamiento particularizado, consideramos una deficiencia de este régimen jurídico la reconducción de los contratos no tipificados a las normas previstas para uno de estos primeros, concretamente, a las del *mandato*. Debiera haberse estipulado, en nuestra opinión, el catálogo de normas generales aplicables a todos los contratos que se correspondieran con la definición dada de *contrato de prestação de serviço*, emanando de este las normas especiales diseñadas para los contratos que se estimase oportuno, de aplicación preferente en caso de que el vínculo en cuestión respondiera a la definición dada de alguno de los contratos tipificados.

58. Resulta incoherente que, en lugar de establecer un régimen general y, a partir del mismo, señalar las especificidades de cada uno de los *contratos de prestação de serviço* tipificados; se deje “en el aire” el grueso de contratos de servicios que se puedan suceder en práctica, redirigiéndolos, en su caso, a una regulación que se presupone “especial” y en consideración a circunstancias concretas (circunstancias que sustentan la sustracción del régimen general de este contrato para dotarlo de un régimen particular). El *contrato de prestação de serviço* es, en el ordenamiento jurídico portugués, un contrato atípico aunque nominado y definido por la ley.

59. De haberse procedido como proponemos, se habría evitado que la jurisprudencia, ante supuestos de hecho reales en los que debía tomar la decisión de qué régimen aplicar, se viera abocada a dar una interpretación flexible a las previsiones legales con tal de poder dar soluciones justas y ajustadas al caso concreto [siendo un claro ejemplo de ello el ya mencionado *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* 3 noviembre 1983 (Processo nº 070604) que justifica la aplicación de las normas del *contrato de empreitada* a un contrato para la elaboración de una serie televisiva en la corporeidad de la cinta en la que esta posteriormente se traduciría]. Además, probablemente en este escenario hipotético tampoco se habría producido (o, de haberse dado, habría tenido menor calado) la discusión doctrinal mencionada en torno a la consideración o no del *contrato de prestação de serviço* como un tipo de contrato, derivando esta en la tendencia a la dicotomía que, como hemos manifestado, no se corresponde con la realidad socioeconómica actual.

60. En cualquier caso, ha de reconocerse que la jurisprudencia y la doctrina han logrado salvar los escollos señalados gracias a esta interpretación dúctil y práctica a la que hacíamos referencia, velando así por dar una solución justa a los problemas que surgían a lo largo del tiempo.

61. Este sumario recorrido por el *contrato de prestação de serviço* no solo aporta a este trabajo una visión diferente del contrato sometido a estudio, las respuestas dadas por otro ordenamiento a los problemas surgidos o el pensar de diversos autores, sino que demuestra que la tendencia general apunta a que el contrato de servicios, desde un prisma actual, tiende a la unificación. Esto es, que busca aunar a todos aquellos contratos que impliquen, como su nombre indica, la prestación de un servicio, sin reparar en si se requiere o no de la consecución de un determinado y concreto resultado. De igual manera, nos ilustra acerca de la posibilidad de entender el contrato de obra como aquel que consiste en un dar que se resuelve en un hacer (consecuencia de la materialidad del objeto en el que recae la prestación), así como de incluirlo dentro del compendio de “contratos de prestación de servicios”.

IV. El contrato de servicios en otros ordenamientos

62. Para lograr una visión general del contrato de prestación de servicios a nivel global es inevitable la referencia (aunque breve) al tratamiento recibido por este en otros ordenamientos jurídicos, en concreto, por el inglés, alemán, francés y belga.

63. En Reino Unido impera el sistema del *common law*, que tiñe todas las cuestiones jurídicas, entre las que se encuentra el Derecho de contratos. En consecuencia, aunque ha habido algún intento de

regulación en relación con la prestación de servicios, aún a día de hoy estos siguen esencialmente “el derecho general contractual del *common law*”⁶⁰.

64. La *Supply of goods and services act* del año 1982, es el ejemplo paradigmático de lo que advertimos, siendo el primer *Act* que hacía referencia al contrato de servicios. Este regía los servicios de suministro, de modificación de inmuebles y muebles, así como los servicios “intelectuales”⁶¹. En síntesis, disponía de normas generales (entre las que se regulaba el contrato de depósito) y una serie de *implied terms* o reglas de carácter imperativo que debían necesariamente observarse en caso de que se “prestaran servicios”, centradas en el *reasonable care and skill* (o diligencia debida por el prestador) y los estándares de calidad que se presuponen.

65. Debido a las divergencias existentes entre Inglaterra y Gales, y Escocia e Irlanda (pues estos segundos se acercan en mayor medida al “derecho romano canónico”⁶²), los aspectos relacionados con los servicios de esta regulación no llegaron a aplicarse en Escocia (donde se sigue la estela romana marcada por la *locatio operis faciendi*). Por otro lado, todas aquellas normas que hacían referencia a la contratación con consumidores perdió su vigencia con la entrada en vigor del *Consumer Rights Act* del año 2015 (concretamente, el 1 de octubre).

66. La regulación dada en Alemania al contrato de servicios no dista en demasía de la prevista en nuestro propio CC. El Código Civil alemán (en adelante, BGB), regula, por un lado, el contrato de servicios, al que denomina *Dienstvertrag* (secciones 611 a 630 BGB) y, por otro, el contrato de obra, al que se refiere como *Werkvertrag* (secciones 631 a 651 BGB). Este primero lo define en la sección 611 BGB como aquel en virtud del cual una persona se compromete a la prestación de un servicio a cambio de una remuneración (afirmando en el segundo de sus párrafos que tienen cabida en él todos los tipos de servicio)⁶³; concretando en la sección 631 BGB que el de obra será aquel por medio del que una de las partes se comprometa a la realización de una obra a cambio de un precio (esclareciendo a continuación que se incluirán como tal todos aquellos negocios jurídicos que versen tanto sobre la producción como sobre la alteración de una cosa u otro resultado que deba ser conseguido *por medio de un trabajo o servicio*)⁶⁴.

67. Puede apreciarse claramente cómo el legislador alemán optó por la consideración independiente de los contratos de servicios y de obra de manera expresa y clara. Además, la regulación que se desarrolla de este primero se basa, por un lado, en la remuneración (*Vergütung*) y, por otro, en la extinción y resolución del contrato (*Kündigung*).

68. A diferencia de la tendencia actual a la regulación concreta del contrato de servicios en función del servicio en cuestión, en Alemania tan solo se ha dado una regulación específica a los contratos médicos (conocidos como *Behandlungsvertrag*).

⁶⁰ Afirma F. J. INFANTE RUIZ, “El contrato de servicios en el siglo XXI: política legal y (re)codificación”, en F. J. INFANTE RUIZ y F. OLIVA BLÁZQUEZ (Dir.), *La modernización del contrato de servicios*, op. cit., p. 108, que como consecuencia “el papel de los ‘contratos especiales’ está muy restringido en el derecho inglés, lo que implica también la materia del contrato de servicios”.

⁶¹ Sobre este, vid. N. PALMER, “The Supply of Goods and Services Act 1982”, *The Modern Law Review*, vol. 46, n° 5, 1983, pp. 619-631.

⁶² En este sentido se pronuncia E. PIZARRO MORENO, “Apuntes sobre el régimen jurídico del contrato de prestación de servicios en derecho comparado”, en M. D. CERVILLA GARZÓN e I. ZURITA MARTÍN (Dir.) *El actual contrato de prestación de servicios*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2023, p. 326.

⁶³ En inglés: “(1) By means of a service contract, a person who promises services is obliged to perform the services promised, and the other party is obliged to pay the agreed remuneration. (2) Service contracts may have as their subject matter any type of services”.

⁶⁴ En inglés: “(1) By a contract to produce a work, a contractor is obliged to produce the promised work and the customer is obliged to pay the agreed remuneration. (2) The subject matter of a contract to produce a work may be either the production or alteration of a thing or another result to be achieved by work or by a service”.

69. Por último, en los ordenamientos francés y belga, tan solo se destina un artículo, el 1780 del Código Civil Francés (en adelante, CCFr) al contrato de servicios o *louage de service*, destinándose la mayor parte de este a la regulación de aquellos contratos perfeccionados sin determinar la duración y cómo se procede en estos casos al desistimiento unilateral con los debidos resarcimientos por los daños y perjuicios ocasionados⁶⁵.

V. Reflexiones finales: el contrato de prestación de servicios desde una perspectiva holística

70. Hemos sido testigos a lo largo de los años de cómo la regulación prevista por el Código Civil para los servicios, es decir, el “contrato de arrendamiento de servicios”, dejaba de ser de utilidad, siendo claramente traspasado por la evolución de la sociedad y de la práctica jurídica. Una vez perdida su verdadera finalidad en pro del Derecho Laboral (y, en menor medida, del Derecho Público), trató de acoger en su seno a todo tipo de servicios prestados por profesionales que, dadas las nuevas corrientes económicas y sociales, no solo escapaban del esquema en un inicio previsto por el legislador (que consideraba objeto del contrato de arrendamiento de servicios a aquellas labores subordinadas, manuales y repetitivas) sino que, además, abanderaban obligaciones tanto de medios como de resultado. Se rompían así los esquemas de la doctrina clásica, que había terminado por identificar los contratos de arrendamiento de servicios con las obligaciones de medios y los de obra con las de resultado, esquemas que empezaban a ponerse también en entredicho. Todo ello ha desembocado finalmente en el contrato de prestación de servicios, contrato en el que tanto unas como otras obligaciones son posibles, utilizándose la clasificación de las mismas ya no para determinar el contrato sino para establecer el cumplimiento o incumplimiento por parte del prestador.

71. A este fenómeno se hace referencia cuando se afirma que, en lo que a este contrato respecta, hemos pasado “de la dicotomía a la unificación”, por un lado, y “de la unificación a la dicotomía”, por otro. Los contratos de arrendamiento de servicios y arrendamiento de obra, tradicionalmente considerados instituciones independientes diferenciadas en virtud de la tipología de obligación a la que se comprometiera el acreedor de la misma, pugnan en la actualidad por la consideración unitaria, por ser un único tipo contractual, el de *prestación de servicios*, que da cabida tanto a unas como a otras obligaciones: de la dicotomía a la unificación. Y, por otro lado, ambos, a la luz de las dinámicas preponderantes en estos momentos, se desligan del “contrato de arrendamiento”: dejan la unificación para abanderar la dicotomía.

72. Si bien esta nueva interpretación del contrato de servicios aún no se ha introducido formalmente en los textos normativos, ni ha sido ampliamente acogida por la jurisprudencia, no es peregrino considerar que lo logrará dado el peso de los argumentos que la sostienen y el apoyo que constituyen las diversas propuestas de modernización en las que se reflejan (a pesar de que ninguna de ellas lograra materializarse), a grandes rasgos, las principales líneas de la misma; máxime cuando los tribunales deban pronunciarse sobre los nuevos servicios que han ido surgiendo, como los contrato de organización de eventos.

73. Por ende, el principal problema del que adolece nuestro ordenamiento en esta materia es estructural: falla tanto en la determinación de la naturaleza jurídica del contrato (entendiendo como contrato de servicios tan solo a aquellos que conllevan una obligación de medios), como en el desarrollo de su régimen jurídico (inexistente tras la derogación tácita de la mayoría de los preceptos destinados al arcaico “contrato de *arrendamiento* de servicios”).

⁶⁵ Para más información sobre el contrato de servicios en Francia, *vid.* H. BOUCARD, “El contrato de servicios en el derecho francés”, en F. J. INFANTE RUIZ y F. OLIVA BLÁZQUEZ (Dir.), *La modernización del contrato de servicios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 241-257.

74. Esta situación es proclive a la inseguridad jurídica de la que tanto rehúye el Derecho, siendo de mayor calado la preocupación que debiera generar en este caso concreto, pues incide en el sector servicios, que es el que en la actualidad constituye la base que sustenta la economía.

75. Estos escollos, en cualquier caso, no son exclusivos de nuestra tradición, pues, como hemos podido observar, el contrato de servicios constituye un lastre jurídico en prácticamente todos los ordenamientos que hemos analizado: en Italia los servicios continuados y periódicos requieren de adaptaciones no previstas por la norma (que tan solo los relega a la aplicación de lo establecido para el contrato de suministro, sin determinar cómo se debe configurar su aplicación); en Portugal, la carencia de normas generales para los contratos de servicios han exigido a la jurisprudencia un esfuerzo interpretativo en función del cual se permitiera la flexibilización de lo previsto por su Código⁶⁶, de tal forma que fuera posible la utilización de aquellas normas previstas para los contratos particulares de servicios que mejor se adaptaran a la situación concreta; no siendo mucho mejor la situación en Inglaterra, Alemania, Francia o Bélgica.

76. Ello parece ser la confirmación de que en todos los países la realidad ha superado a la norma y la rápida evolución de los servicios reclama una nueva regulación de los mismos; debiendo adaptarse e interpretarse una regulación creada en un momento histórico en el que los servicios carecían de relevancia a situaciones dadas en una economía global en la que son primordiales⁶⁷.

77. Para cuando muchas de estas normas fueron aprobadas, la economía era eminentemente rural, quedando los servicios en un segundo plano: en la práctica jurídica tenían prioridad otros contratos diferentes al contrato de servicios. Los ordenamientos jurídicos, en consecuencia, lo reflejaron en su legislación, confeccionando un elenco de contratos conforme a la época y a su economía, regulando deficientemente el de servicios. Con los años estos han escalado posiciones y han tornado *el* pilar fundamental de los países occidentales, pero sus normas se han mantenido incólumes. Ello deriva en una fuerte disonancia entre la norma y la realidad que esta regula que ha debido ser salvada por los Tribunales, a la que se trata de poner fin con los anteproyectos e iniciativas de modernización tanto a nivel nacional como a nivel europeo.

78. Estas propuestas de modernización, sin embargo, no están exentas de carencias y críticas: a pesar de que acogen las reclamaciones principales en cuanto al contrato de prestación de servicios (unifican su tratamiento independientemente de que la obligación sea de medios o no y lo desligan del contrato de arrendamiento), se centran en demasía en dar un tratamiento personalizado a cada uno de los tipos de contratos de prestación de servicios que puedan tener lugar en la práctica, tomando como referencia los servicios que tienen por objeto. Esto es, en un sentido similar al del legislador luso, se detienen en demasía en diseñar normas específicas según el servicio prestado, teniendo ello dos consecuencias principales: por una parte, se descuida el régimen general del contrato de servicios (que debería, en nuestra opinión, ser preeminente y no secundario), a la par que se tiende a la consideración de que cada servicio da lugar a un *nuevo* tipo contractual y no a *otro* contrato de servicios⁶⁸.

⁶⁶ Destacando el *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* 8 noviembre 1983 (Processo nº 070884), *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* 24 abril 2012 (Processo nº 683/1997.L1.S1); o el *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* 14 diciembre 2016 (Processo nº 492/10.0TBPTL.G2.S1).

⁶⁷ Vid. Á. M. LÓPEZ Y LÓPEZ, “La proyectada nueva regulación del contrato de servicios en el Código Civil”, en J. GONZÁLEZ GARCÍA (Coord.) *Contratos de servicios y de obra*, Jaén, Universidad de Jaén, 1995, p. 27.

⁶⁸ Compartimos la opinión mantenida por M. P. GARCÍA RUBIO, “Modernización de los contratos de servicios: un análisis crítico del DCFR”, en F. J. INFANTE RUIZ y F. OLIVA BLÁZQUEZ (Dir.), *La modernización del contrato de servicios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 95-96, sobre el DCFR. Destaca especialmente dentro de su discurso la siguiente afirmación: “se trata de una regulación abigarrada y en muchos puntos reiterativa; una regulación en la que existe cierta dosis de discrecionalidad, cuando menos en los tipos que se seleccionan para ser objeto de reglas legales específicas que se vienen a sumar a las más generales aplicables a todos los contratos de servicios. Aun así, se trata de una disciplina insuficiente para atender a las peculiaridades que necesariamente van a presentar los nuevos tipos de contratos de servicios que surgen de manera continua y acelerada. En definitiva, el modelo propuesto por el DCFR no da una respuesta satisfactoria a las necesidades regulatorias del amplio campo que cubren los contratos de servicios”.

79. El intento de tipificar la absoluta totalidad de los contratos de servicios en función de cuál sea el objeto del mismo conllevaría, además, una ingente cantidad de normas que, dado el ritmo frenético de aparición de nuevos servicios, quedarían obsoletas al poco tiempo de su entrada en vigor, puesto que aparecería un servicio completamente nuevo o se modificaría sustancialmente uno que ya se hubiera contemplado.

80. El *modus operandi*, en nuestra opinión, debiera ser la confección de un esquema básico aplicable a la totalidad de servicios y que de este emanen las normas específicas reguladoras de aquellos servicios que requieran de una atención especial ya sea por su tradición, sus características o porque así lo reclame la práctica (por ejemplo, por ser objeto de cuantiosos procedimientos judiciales)⁶⁹. La creación de normas *ad hoc* no habría de ser un recurso frecuente, debiendo reservarse para aquellas situaciones en las que se entienda estrictamente necesario. Por lo demás, ha de ser el intérprete el que decida cómo debe aplicarse este régimen general a la luz del servicio concreto y de lo pactado por las partes. Nos encontramos ante cuestiones pertenecientes al Derecho Privado en las que ha de primar la autonomía de la voluntad y en las que las normas establecidas por el legislador no han de ser más que normas subsidiarias a las que acudir en caso de que los contratantes no repararan en algún extremo.

⁶⁹ Tal y como afirma J. SOLÉ RESINA, “Propuestas de modernización del contrato de servicios”, en F. J. INFANTE RUIZ y F. OLIVA BLÁZQUEZ (Dir.), *La modernización del contrato de servicios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 58: “parece que por ahora hay un cierto consenso en la manera en que hay que afrontar la modernización del contrato de servicios, que pasa por la elaboración de unas bases fundamentales en forma de disposiciones generales y una especificación normativa para concretas modalidades que no acaban de quedar determinadas”.

Libre circulación de resoluciones judiciales, prohibición de
revisión en cuanto al fondo, orden público y ejecución parcial:
la *Cour de cassation* se pronuncia en el caso *Real Madrid c.*
Le Monde

Free movement of judgments, prohibition of review as to the
substance, public policy and partial enforcement: the *Cour de*
cassation rules in the case of *Real Madrid v. Le Monde*

CLAUDIA MASSA

Profesora (RTD-B) de Derecho de la Unión Europea
Departamento de Derecho de la Universidad de Nápoles «Federico II»

Recibido: 12.12.2025 / Aceptado: 15.01.2026

DOI: 10.20318/cdt.2026.10295

Resumen: La sentencia dictada por la *Cour de cassation*, tras la sentencia prejudicial *Real Madrid* del Tribunal de Justicia, ofrece la oportunidad de compartir algunas consideraciones en materia de cooperación judicial en asuntos civiles, en particular sobre algunos aspectos clave del régimen de reconocimiento y ejecución de resoluciones dentro de la Unión Europea, tales como los márgenes de acción del juez del Estado requerido y la dimensión «material» del orden público. A raíz de esta reflexión, el presente trabajo se centra en las implicaciones prácticas para la *Cour d'appel de París* de las sentencias del Tribunal de Justicia y de la *Cour de cassation*, prestando especial atención a la posibilidad de reconocimiento y ejecución parcial de las resoluciones españolas y a las cuestiones jurídicas relacionadas con dicha solución.

Palabras clave: Libre circulación de resoluciones judiciales; prohibición de revisión en cuanto al fondo; orden público; ejecución parcial; libertad de prensa.

Summary: The ruling handed down by the *Cour de cassation* following the *Real Madrid* preliminary ruling of the Court of Justice offers an opportunity to reflect on judicial cooperation in civil matters, particularly on certain key aspects of the system for the recognition and enforcement of judgments in the European Union, such as the scope for action of the courts of the requested State and the “material” dimension of public policy. In light of these considerations, this article focuses on the practical implications for the *Cour d'appel de Paris* of the rulings of the Court of Justice and the *Cour de cassation*, with particular attention to the possibility of partial recognition and enforcement of Spanish decisions and the issues that this solution raises.

Key words: Free movement of judgments; prohibition of review as to the substance; public policy; partial enforcement; freedom of the press.

Sumario: I. Introducción. – II. La sentencia *Real Madrid* del Tribunal de Justicia: novedades en materia de orden público. – III. La sentencia de la *Cour de cassation*: «*casse et annule*» por violación de la prohibición de revisar en cuanto al fondo la resolución extranjera en un exequatur y por consideraciones erróneas a la luz de lo establecido por el Tribunal de Justicia. – IV. La prohibición

de revisar en cuanto al fondo la resolución extranjera y el recurso a la *cláusula de orden público* en el Reglamento Bruselas I y Bruselas I bis. – V. La tarea de equilibrista encomendada a la *Cour d'appel de París*. – VI. Conclusión.

I. Introducción

1. En el marco de un litigio entre el Real Madrid Club de Fútbol (en lo sucesivo, «Real Madrid») y su médico AE, de una parte, y el periodista EE y la Société Éditrice du Monde SA, de otra, en relación con la ejecución en Francia de unas resoluciones dictadas en España en las que se condena a estos últimos a abonar a los primeros una indemnización por los daños y perjuicios por el daño moral sufrido de resultas de la publicación en el periódico *Le Monde* de un artículo que vinculaba al Real Madrid con un promotor de una red de dopaje, el 28 abril 2022, el Tribunal de Casación francés (en lo sucesivo, «*Cour de cassation*») ha planteado al Tribunal de Justicia varias cuestiones prejudiciales. Estas versaban, esencialmente, sobre la posibilidad de invocar la vulneración de la libertad de prensa como motivo de orden público idóneo para denegar la ejecución de una resolución judicial extranjera.

2. El Tribunal de Justicia, en su sentencia de 4 octubre 2024 (en lo sucesivo, «sentencia *Real Madrid*»)¹ ha aclarado que, en el supuesto de que la ejecución de una resolución en el Estado miembro requerido entrañe la vulneración manifiesta de la libertad de prensa consagrada en el artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta») estará obligado un órgano jurisdiccional de ese Estado miembro a denegar, en virtud de los artículos 34, punto 1, y 45 del Reglamento n. 44/2001 (en lo sucesivo, «Reglamento Bruselas I»), la ejecución de dicha resolución o, en su caso, a revocar su otorgamiento². En la motivación de la sentencia, el Tribunal de Justicia ha profundizado también en el tema del tipo de valoraciones que el juez requerido puede realizar para evaluar si invocar la cláusula de orden público sin incurrir en una indebida revisión en cuanto al fondo de la decisión que debe reconocerse y ejecutarse³ (prohibida por artículos 36 y 45, apartado 2, del Reglamento Bruselas I).

3. El 28 mayo 2025, la *Cour de cassation* ha dictado entonces su sentencia⁴, revocando las sentencias dictadas por el Tribunal de Apelación de París (en el sucesivo, «*Cour d'appel de París*») en virtud de las cuales se habían anulado dos otorgamientos del Tribunal de Primera Instancia de París (en lo sucesivo, «*Tribunal de grande instance de Paris*») de ejecución de una sentencia y dos autos dictados por los jueces españoles. En particular, la *Cour de cassation*, siguiendo las indicaciones del Tribunal de Justicia, sin entrar a valorar la cuestión relativa a la imputabilidad de la vulneración de la libertad de prensa entre los motivos de orden público idóneos para denegar la ejecución de una resolución extranjera, ha constatado una violación por parte de la *Cour d'appel de París* de uno de los principios fundamentales del sistema de reconocimiento y ejecución de las resoluciones dentro de la Unión Europea, es decir la prohibición de revisar en cuanto al fondo de las resoluciones extranjeras.

4. La sentencia la *Cour de cassation* ofrece, por tanto, la oportunidad de compartir algunas consideraciones en materia de cooperación judicial en asuntos civiles, en particular sobre algunos aspectos clave del régimen de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en la Unión Europea, tales como los márgenes de acción del juez del Estado requerido y la dimensión «material» del orden público. A raíz de esta reflexión, el presente trabajo se centrará en las implicaciones prácticas para la *Cour d'appel de París* de las sentencias del Tribunal de Justicia y de la *Cour de cassation*, prestando especial atención a la posibilidad de reconocimiento y ejecución parcial de las resoluciones españolas y a las cuestiones jurídicas relacionadas con dicha solución.

¹ TJUE 4 octubre de 2024, *Real Madrid Club de Fútbol y AE contra EE y Société Éditrice du Monde SA*, C-633/22. Para un comentario sobre esta sentencia, se permite remitirse a C. MASSA, «L'arrêt Real Madrid et d'autres avancées pour protéger la liberté de la presse et la démocratie européenne», *Eurojus*, 2/2025, pp. 174-188.

² TJUE, *Real Madrid*, cit., apartado 74.

³ *Ibidem*, apartados 36-39, 68, 70-71.

⁴ *Cour de cassation*, ch. civ. I, pourvoi n. 21-13.519.

II. La sentencia *Real Madrid* del Tribunal de Justicia: novedades en materia de orden público

5. La sentencia *Real Madrid* del Tribunal de Justicia ha aportado importantes novedades en materia de libertad de expresión, más concretamente en lo relativo a la relación entre la libertad de prensa y el orden público.

6. En particular, el Tribunal ha precisado en primer lugar que las cuestiones relativas al dopaje en el deporte profesional (como las que se plantean en el presente caso) pertenecen a la categoría de asuntos de interés general, cuya difusión nunca puede restringirse⁵. Este aspecto ha sido aclarado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, «TEDH») en su jurisprudencia relativa al artículo 10, apartado 2, del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, «CEDH»)⁶.

7. Por otra parte, el Tribunal de Justicia también ha confirmado que las personas perjudicadas por declaraciones difamatorias u otro tipo de contenido ilícito deben tener la posibilidad de ejercer una acción de daños y perjuicios que constituya un *recurso efectivo* contra el menoscabo de su reputación. En este contexto, el importe de la indemnización por los daños y perjuicios debe determinarse sobre la base de *varios factores*. En primer lugar, la suma asignada debe guardar una relación razonable de *proporcionalidad* entre la cantidad concedida y el menoscabo de que se trate⁷. Esta relación varía si el sujeto que debe ser reparado es una persona física, ya que en este caso también debe tenerse en cuenta la dimensión moral del daño, pues el menoscabo sufrido puede tener repercusiones en la dignidad de la persona⁸. Además, la indemnización nunca debe ser *excesiva o imprevisible*, ni superior al perjuicio material o moral realmente sufrido, ya que ello tendría un efecto disuasorio sobre el ejercicio de la libertad de prensa («*chilling effect*»). Por ejemplo, una indemnización por daños y perjuicios superior a los estándares aplicados en asuntos de difamación comparables podría obstaculizar o paralizar, en el futuro, la cobertura mediática de determinadas cuestiones⁹. Por último, al determinar la indemnización, deben también tomarse en consideración *otras sanciones* impuestas, como puede ser la publicación de un desmentido, una rectificación o incluso una disculpa formal, así como las costas judiciales impuestas a la persona condenada¹⁰. La indemnización por daños y perjuicios no podrá ejecutarse en el Estado miembro requerido, si el tribunal de dicho Estado la considera «manifiestamente desproporcionada en relación con el menoscabo de la reputación de que se trata»¹¹.

8. Al llevar a cabo esta reflexión sobre la proporcionalidad, el juez del Estado requerido no debe – en virtud de la prohibición de revisar en cuanto al fondo la resolución extranjera (de la cual se hablará más adelante) – examinar la fundamentación de las apreciaciones del perjuicio realizadas por los tribunales del Estado de origen¹². Más bien debe limitarse a examinar si la ejecución de la reparación daría lugar a una «violación manifiesta de una norma jurídica considerada esencial [en su ordenamiento] o de un derecho reconocido como fundamental». Para hacerlo, debe tener en cuenta, además de todas las circunstancias del caso, *tres parámetros* específicamente enumerados por el Tribunal de Justicia: los recursos de las personas condenadas a pagar la indemnización, la gravedad de su acto dañoso y la magnitud del perjuicio tal como aparecen constatadas en las resoluciones que deben ejecutarse¹³. El único parámetro sobre el que el Tribunal de Justicia ha aportado mayor precisión es el tercero: el juez puede, sin duda, realizar una evaluación comparativa con las indemnizaciones que se conceden normalmente en su Estado

⁵ TJUE, *Real Madrid*, cit., apartado 54.

⁶ Véase, *ex multis*, TEDH, 23 abril 2015, *Morice c. France*, 29369/10, apartado 125.

⁷ *Ibidem*, apartado 57 y jurisprudencia del TEDH citada.

⁸ *Ibidem*, apartado 58.

⁹ *Ibidem*, apartados 60-64.

¹⁰ *Ibidem*, apartado 65 y jurisprudencia del TEDH citada.

¹¹ *Ibidem*, apartado 69.

¹² *Ibidem*, apartado 71.

¹³ *Ibidem*, apartado 68.

por menoscabos similares, pero no puede basar su decisión únicamente en este factor¹⁴. Sin embargo, esta indicación no parece suficiente para definir claramente los límites dentro de los cuales una apreciación del alcance del daño por parte del órgano jurisdiccional requerido no conduce a un control (ilegítimo) en cuanto al fondo. Por lo que se refiere al parámetro relativo a la gravedad del acto dañoso, la sentencia *Real Madrid* no ofrece indicaciones de carácter general. Limitándose al asunto en cuestión, el Tribunal de Justicia únicamente ha precisado que el órgano jurisdiccional requerido no podrá examinar si el periodista EE y la Société Éditrice du Monde actuaron, al publicar el artículo objeto del litigio principal, con observancia de sus deberes y responsabilidades¹⁵. Por último, en lo que respecta al primer parámetro, es posible remitirse sobre todo a lo que el Abogado General SZPUNAR afirmó en sus conclusiones en el mismo asunto¹⁶. Tras precisar que «cuando se ejecuta una resolución extranjera, las sanciones son el elemento que más penetra en el ordenamiento jurídico del Estado miembro requerido»¹⁷, remitiéndose a la jurisprudencia del TEDH¹⁸, el Abogado General ha estimado que el importe de la indemnización por daños y perjuicios debe considerarse manifiestamente irrazonable, en el caso de las personas físicas, «cuando [dicha persona] tendría que esforzarse durante años para pagarla íntegramente o cuando corresponde a varias decenas de veces el salario mínimo en el Estado miembro requerido», y en el caso de las personas jurídicas, cuando sea «de tal magnitud que amenace sus fundamentos económicos»¹⁹.

9. Si, tras el examen realizado en las condiciones que se acaban de describir, el órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido constatare efectivamente una desproporción con respecto al perjuicio sufrido, en el sentido de que la ejecución de la condena al pago de una indemnización por difamación podría tener un efecto disuasorio en el Estado miembro requerido sobre la cobertura mediática de asuntos análogos en el futuro o, más en general, sobre el ejercicio de la libertad de prensa del artículo 11 de la Carta, debería aplicar entonces la *cláusula de orden público* y denegar la ejecución de la resolución extranjera²⁰. En este planteamiento reside la verdadera novedad de la sentencia *Real Madrid*.

10. En otras palabras, mediante esta sentencia, el Tribunal de Justicia no ha hecho sino identificar un particular límite «positivo» a la aplicación del orden público en su dimensión «material»²¹: la cláusula en cuestión debe aplicarse siempre que la ejecución de una resolución extranjera implique una vulneración de la libertad de prensa reconocida en el artículo 11 de la Carta (en particular, en su apartado 2)²². Esta libertad constituye, en efecto, uno de los pilares esenciales de una *sociedad democrática y pluralista*²³ y, por ende, integra los valores sobre los que, conforme al artículo 2 del TUE, se sustenta la Unión Europea²⁴. Por lo tanto, debe considerarse un interés jurídico que no es sólo económico, sino que

¹⁴ *Ibidem*, apartado 70.

¹⁵ TJUE, *Real Madrid*, cit., apartado 71.

¹⁶ Conclusiones del Abogado general SZPUNAR presentadas el 8 febrero 2024 en el asunto *Real Madrid Club de Fútbol*, C-633/22, EU:C:2024:127.

¹⁷ *Ibidem*, apartado 129.

¹⁸ TEDH, 7 julio 2015, *Morar c. Rumanía*, 25217/06, apartado 70; 19 abril 2011, *Kasabova c. Bulgaria*, 39030/03, apartado 71; 27 noviembre 2007, *Timpul Info-magazin and Anghel c. Moldavia*, 42864/05, apartado 39.

¹⁹ Conclusiones del Abogado general Szpunar, *Real Madrid*, cit., apartado 179.

²⁰ *Ibidem*, apartado 69.

²¹ La diferencia entre el orden público en su dimensión «procesal» y «material» se abordará en el apartado IV.

²² Así concebido, el orden público cumple la función de promover los principios que protege. Esta visión se opone a la de la doctrina más antigua, según la cual el orden público sólo se consideraba un límite al reconocimiento de las resoluciones extranjeras y, por lo tanto, tenía una connotación meramente negativa. Sobre este punto, véase G. ZARRA, *op. cit.*, pp. 119-121.

²³ Véase, *ex multis*, TJUE, 2 abril 2009, *Damgaard*, C-421/07, apartado 26; 25 marzo 2004, *Karner*, C-71/02, apartado 50. Véase también TEDH, 24 noviembre 1993, *Informationsverein Lentia Et Autres c. Austria* 13914/88, apartado 38; 26 noviembre 1991, *Observer et Guardian c. Reino Unido*, 13585/88, apartado 59; 7 diciembre 1976, *Handyside c. Reino Unido*, 5493/72, apartado 49.

²⁴ En la jurisprudencia, véase TJUE, 21 diciembre 2016, *Tele2 Sverige*, C-203/15 y C-698/15, apartado 93; 6 septiembre 2011, *Patriciello*, C-163/10, apartado 31: «la libertad de expresión, como fundamento esencial de una sociedad democrática y pluralista que refleja los valores en los que, conforme al artículo 2 TUE, se basa la Unión, constituye un derecho fundamental garantizado en el artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea». Más recientemente, véase TJUE, 16 febrero 2022, *Hungría c. Parlamento y Consejo*, C-156/21, apartado 232 y 16 febrero 2022, *Polonia c. Parlamento y Consejo*, C-157/21, apartado 264, donde se especifica que los valores del art. 2 TUE «se concretan en principios que comportan obligaciones jurídicamente

se vincula al perfil social, político y cultural de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Como tal, la libertad de prensa merece ser protegida, incluso si ello implica restringir la libre circulación de sentencias dentro de la Unión²⁵.

11. El Tribunal de Justicia ha remitido al juez nacional francés la tarea de evaluar si la indemnización por daños morales fijada por el juez español en 390.000 euros para el Real Madrid y en 33.000 euros para el miembro del equipo médico AE resulta proporcional al impacto que la ejecución de las resoluciones españolas en Francia podría tener sobre la libertad de prensa.

12. Una lectura detenida de la sentencia prejudicial parece sugerir que el Tribunal de Justicia se muestra relativamente receptivo a la posibilidad de que, en el caso que nos ocupa, se produzca un «*chilling effect*» sobre el ejercicio futuro de la *libertad de prensa* en Francia como consecuencia de la eventual ejecución de las resoluciones españolas. No está completamente claro, sin embargo, si, según el Tribunal de Justicia, el juez francés debe denegar la ejecución *in toto* o solo en lo que respecta a uno de los dos demandantes o uno de los dos demandados afectados por las sentencias extranjeras²⁶. De hecho, como se analizará en el apartado V, el juez francés podría realizar una valoración diferenciada de la *proporcionalidad de la reparación del daño moral* en relación con el *perjuicio a la reputación* sufrido basándose en *varios parámetros*. Entre estos últimos destaca la diferente *naturaleza subjetiva de los dos demandantes* (el Real Madrid, persona jurídica, y AE, persona física), lo cual, como se ha mencionado anteriormente, implica una valoración diferenciada en lo que respecta al *daño moral* (solo reconocible a las personas físicas, que, a diferencia de las personas jurídicas, pueden sufrir un menoscabo de su dignidad). Además, también es relevante la diferente disponibilidad de *recursos económicos de los dos demandados* (la empresa editora del periódico *Le Monde* tiene un patrimonio claramente diferente del periodista EE, su empleado), lo que, como se ha visto anteriormente, es un elemento que influye en la medida en que la indemnización debe calibrarse en función de la capacidad económica del demandado.

III. La sentencia de la *Cour de cassation*: «*casse et annule*» por violación de la prohibición de revisar en cuanto al fondo la resolución extranjera en un exequatur y por consideraciones erróneas a la luz de lo establecido por el Tribunal de Justicia

13. A raíz de la sentencia *Real Madrid* del Tribunal de Justicia, la *Cour de cassation* se ha pronunciado el 28 de mayo de 2025 anulando la sentencia de la *Cour d'appel de París* que había denegado la ejecución de las condenas dictadas por los jueces españoles²⁷.

14. Aplicando las disposiciones del Tribunal de Justicia, la *Cour de cassation* ha considerado que se había vulnerado la prohibición de revisar el fondo de la resolución extranjera en el procedimien-

vinculantes para los Estados miembros». En la doctrina, sobre la relación entre la libertad de expresión y el valor de la democracia, véase K. LENAERTS, “Democracy as a Greek and European Value”, discurso pronunciado durante la Conferencia “Strengthening Democracy - 50 years since the re-ratification of the ECHR by Greece and 75 years since the founding of the Council of Europe”, Athènes, 31/10 e 1/11 2024; B. NASCIBENE, F. ROSSI DAL POZZO, “L’evoluzione dei diritti e delle libertà fondamentali nel settore dei media. Diritto dell’Unione europea, orientamenti giurisprudenziali e recenti interventi normativi”, *Eurojus*, 1/2023, p. 4-5, 11; R. MASTROIANNI, “Freedom of pluralism of the media: an European value waiting to be discovered?”, *MediaLaws*, 1/2022; R. MASTROIANNI, G. STROZZI, “Articolo 11”, in R. MASTROIANNI, O. POLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Milán, 2017, *passim*, especialmente pp. 222-223.

²⁵ Sobre el régimen de circulación de las decisiones desde la perspectiva de la protección de la participación pública, véase E. BENVENUTI, “Azioni strategiche tese a dissuadere la partecipazione pubblica e tutela delle libertà di espressione e informazione nel diritto internazionale privato dell’Unione europea”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 1/2024, pp. 151-155.

²⁶ Véase TJUE, *Real Madrid*, cit., apartado 72.

²⁷ Para un comentario sobre esta sentencia, véase G. VAN CALSTER, “Real Madrid v Le Monde. Following CJEU instructions to a tee, the French Supreme Court annuls court of appeal refusal to recognise alleged ‘SLAPP’ judgment, instructs new assessment”, *gavclaw.com*, 9 junio 2025; F. MARCHADIER, “French Supreme Court Rules after Preliminary Ruling in Real Madrid v Le Monde”, *Eapil.org*, 10 junio 2025; E. ROSSI, “Real Madrid c. Le Monde. Dopo la Corte di giustizia si pronuncia la Cour de cassation: contro le slapps si va ai tempi supplementari?”, *SidiBlog.org*, 14 agosto 2025.

to de *exequatur*, ya que la *Cour d'appel de Paris* había efectuado valoraciones de carácter sustantivo. En particular, dicho tribunal francés había cuestionado indebidamente las apreciaciones de los jueces españoles relativas a dos aspectos: al reconocimiento de los daños morales y al impacto de la rectificación en la repercusión mediática²⁸. Concretamente, había estimado que los tribunales españoles, sin que el Real Madrid hubiera alegado un daño patrimonial, habían condenado a las partes demandadas al abono de una indemnización por daños y perjuicios morales, que son difíciles de cuantificar en términos económicos²⁹. Además, había observado que ante el juez español solo se discutió el impacto mediático del artículo controvertido en el litigio principal, que fue objeto de desmentido por los medios de comunicación españoles, lo que había atenuado el perjuicio sufrido³⁰. Según la *Cour de cassation*, al pronunciarse de ese modo, la *Cour d'appel de Paris* había realizado una revisión en cuanto al fondo de las decisiones españolas, ya que había minimizado la magnitud del perjuicio señalado por la jurisdicción española, la cual no había ignorado los factores antes mencionados, sino que los había citado sin extraer de ellos ninguna consecuencia al fijar el importe de la indemnización por daños y perjuicios. Por tanto, dichos elementos forman parte integrante de la sentencia y no es posible reevaluarlos³¹.

15. Además, la *Cour d'appel de Paris*, en la apreciación del carácter manifiestamente desproporcionado de los daños y perjuicios, no había tenido en cuenta la gravedad de la falta, tal y como la evaluaron los jueces españoles³², en contra de lo exigido por el Tribunal de Justicia³³.

16. Por otra parte, la decisión de la *Cour d'appel de Paris* tampoco se ha considerado compatible con la sentencia del Tribunal de Justicia, dado que no proporcionó ningún valor de referencia ni método de cálculo para determinar el impacto de las condenas sobre la situación económica y financiera individual de los dos condenados – el periodista y la empresa editora – y, en consecuencia, su posible efecto disuasorio sobre la libertad de prensa³⁴.

17. Por último, las resoluciones de la *Cour d'appel de Paris* no se han ajustado a lo establecido por el Tribunal de Justicia en lo relativo al importe de las condenas: si bien la *Cour d'appel de Paris* ha fundado su denegación en la suma de las condenas impuestas al periodista y a la empresa editora, el Tribunal de Justicia había requerido, en realidad, evaluaciones separadas para cada víctima y cada autor, también con el fin de verificar la posibilidad de una ejecución parcial de las condenas³⁵.

18. Por todas estas razones, la *Cour de cassation*, alineándose con la sentencia del Tribunal de Justicia, ha estimado el recurso y ha remitido el caso a otra sección de la *Cour d'appel de Paris*.

IV. La prohibición de revisar en cuanto al fondo la resolución extranjera y el recurso a la *cláusula de orden público* en el Reglamento Bruselas I y Bruselas I bis

19. El aspecto de la sentencia de la *Cour de cassation* que resulta de particular interés desde el punto de vista del Derecho internacional privado es el relativo a la violación de la prohibición de revisar

²⁸ *Cour de cassation*, cit., apartados 34-35.

²⁹ Sentencia de reenvío prejudicial al Tribunal de Justicia de la *Cour de cassation*, ch. civile I, 28 septiembre 2022, purvoi n. 21-13.519 21-13.520, apartado 14; TJUE, *Real Madrid*, cit., apartado 20; *Cour de cassation*, cit., apartado 34.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Cour de cassation*, cit., apartado 35. A este respecto, véase F. MARCHADIER, “French Supreme Court Rules after Preliminary Ruling in *Real Madrid v Le Monde*”, cit.

³² *Ibidem*, apartado 39.

³³ TJUE, *Real Madrid*, cit., apartado 68.

³⁴ *Cour de cassation*, cit., apartados 45 y 51.

³⁵ *Ibidem*, apartados 56-57. En doctrina véase M. DUGUÉ/L. VITALE, “De la marche à suivre pour décider si une sanction pécuniaire prononcée à l'étranger viole manifestement la liberté de la presse”, *Revue Perspectives Contentieuses Internationales*, volumen 3, 30 junio 2025, pp. 25-34; J. TRAULLÉ, “La réparation du dommage causé par un abus de la liberté d'expression au cœur du dialogue européen des juges”, *Revue Perspectives Contentieuses Internationales*, volumen 3, 30 junio 2025, pp. 17-18.

en cuanto al fondo. Esta prohibición, como se verá, está estrechamente vinculada con la posibilidad para el tribunal requerido de invocar la *cláusula de orden público*.

20. Con carácter preliminar, conviene precisar que, aunque el Reglamento Bruselas I haya sido sustituido por el Reglamento denominado «Bruselas I bis»³⁶, el primer Reglamento sigue siendo aplicable *ratione temporis* al asunto en cuestión. En efecto, en virtud del artículo 66, apartado 2, del Reglamento Bruselas I bis, el Reglamento Bruselas I continúa aplicándose a las acciones judiciales ejercitadas antes del 10 enero 2015 y, en consecuencia, a las resoluciones dictadas a raíz de dichas acciones. En el caso que nos ocupa, la sentencia y los autos cuya ejecución se discute se dictaron con motivo de una acción ejercitada en España antes de dicha fecha, por lo que deben aplicarse las normas relativas al procedimiento de *exequátur* previstas en el Reglamento Bruselas I («las resoluciones dictadas en un Estado miembro que allí fueren ejecutorias se ejecutarán en otro Estado miembro cuando, a instancia de cualquier parte interesada, se hubiere otorgado su ejecución en éste último», en virtud del artículo 38, apartado 1), y no las más recientes sobre la ejecución automática de las resoluciones en materia civil y mercantil dictadas en los Estados miembros, previstas en el Reglamento Bruselas I bis (en el Capítulo III). Sin embargo, la interpretación del artículo 34 del Reglamento Bruselas I proporcionada por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Real Madrid* es y seguirá siendo «válida», ya que el contenido de los apartados 1 a 5 de dicho artículo se ha transpuesto de forma idéntica al artículo 45, apartado 1, letras a) a d), del Reglamento Bruselas I bis.

21. El procedimiento de *exequátur* se sustenta en dos principios. El primero es el de la *confianza recíproca* en la administración de justicia dentro de la Unión Europea, conforme al cual las resoluciones judiciales dictadas en un Estado miembro deben ser reconocidas de pleno derecho en otro Estado miembro y el procedimiento para su ejecución debe llevarse a cabo de manera eficaz y rápida, con un control meramente formal de los documentos exigidos para el otorgamiento de la ejecución³⁷. El segundo es la *prohibición de revisar el fondo* de la resolución, conforme al cual el juez del Estado miembro requerido no puede examinar si el juez del Estado miembro de origen ha resuelto correctamente la cuestión³⁸. La fase de reconocimiento y ejecución no constituye, en efecto, una fase de apelación o de revisión *de novo*, y el órgano jurisdiccional requerido no es superior al órgano jurisdiccional de origen. Además, una revisión en cuanto al fondo sería incompatible con la razón de ser del régimen de reconocimiento y ejecución, a saber, la *economía procesal* y la *armonía internacional de decisiones*. Ambos principios se apoyan, en términos generales, en la convicción de que todos los tribunales de los Estados miembros respetan el Derecho de la Unión y los derechos fundamentales³⁹.

22. La existencia de confianza recíproca en el sistema de *exequátur* (y en el sistema más moderno de reconocimiento y ejecución automáticos) no impide que el demandado interponga un recurso contra el reconocimiento o la ejecución, cuando considere que concurre alguno de los motivos de denegación del reconocimiento o de la ejecución previstos en los artículos 45, apartado 1, 34 y 35 del Reglamento Bruselas I⁴⁰. Entre estos motivos, se encuentra la contrariedad manifiesta con el *orden público* del Estado miembro requerido (art. 34, apartado 1, del Reglamento Bruselas I).

23. En su jurisprudencia anterior, el Tribunal de Justicia ha abordado con frecuencia el carácter excepcional del recurso a la *cláusula de orden público*⁴¹. A este respecto, cabe señalar que las adver-

³⁶ Reglamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil DO L 351 de 20.12.2012, pp. 1-32.

³⁷ Véanse, a este respecto, los considerandos n.º 16 y 17 del Reglamento (CE) n. 44/2001 («Bruselas I») y la sentencia del TJUE 12 diciembre 2019, *Aktiva Finants*, C-433/18, apartado 23.

³⁸ TJUE 16 julio 2015, *Diageo Brands*, C-681/13, apartado 43.

³⁹ TJUE 18 diciembre 2014, dictamen 2/13 sobre la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, apartado 191.

⁴⁰ TJUE, *Real Madrid*, cit., apartado 31 y jurisprudencia citada.

⁴¹ Véanse, *ex multis*, TJUE 25 mayo 2016, *Meroni*, C-559/14, apartado 38; 28 abril 2009, *Apostolides*, C-420/07, apartado 55.

tencias del Tribunal de Justicia han tenido reflejo en la práctica: la violación del orden público en el Estado miembro requerido constituye el motivo de denegación del reconocimiento o de la ejecución más frecuentemente invocado, pero también el más a menudo desestimado⁴². Ello se verifica no sólo porque toda decisión de un juez de un Estado miembro goza de una presunción de legalidad que lleva al juez del Estado requerido a aplicar la *cláusula de orden público* a la luz de un *favor recognitionis*, en el marco de la libre circulación de decisiones dentro de la Unión Europea (contemplada en el artículo 81, apartado 2, letra a), del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), sino también porque, en materias civiles y mercantiles reguladas por el Reglamento, las divergencias jurídicas entre los Estados miembros rara vez alcanzan la naturaleza e intensidad necesarias para generar un conflicto con el orden público. En efecto, la existencia de valores fundamentales comunes a todos los Estados miembros de la Unión Europea hace improbable (aunque, como se ha visto, no imposible) que una resolución de un Estado pueda chocar con el orden público de otro Estado.

24. En cualquier caso, tal y como recuerda el Tribunal de Justicia en su sentencia *Real Madrid*, los Estados miembros tienen *competencia exclusiva* para definir las *exigencias* de su orden público, conforme a sus derechos y prácticas nacionales. En cambio, al Tribunal de Justicia le corresponde controlar los *límites* dentro de los cuales el juez de un Estado miembro puede recurrir al concepto de «orden público» para no reconocer una resolución dictada por un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, ya que «los límites de este concepto se definen a través de la interpretación [del Reglamento Bruselas I bis]»⁴³.

25. En general, solo es posible recurrir a dicha cláusula cuando el reconocimiento o la ejecución de la resolución dictada en otro Estado miembro implique una *violación manifiesta* de una norma *de Derecho interno o de la Unión Europea, material o procesal*, considerada *esencial* en el ordenamiento jurídico del Estado miembro requerido, o de un derecho reconocido como *fundamental* en dicho ordenamiento jurídico. En efecto, corresponde al juez nacional garantizar con la misma eficacia la protección de los derechos establecidos por el ordenamiento jurídico nacional y la de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión. Esto se aplica en particular a los *derechos fundamentales* consagrados en la Carta, que el juez nacional debe respetar, cuando aplica el Reglamento Bruselas I y, por lo tanto, el Derecho de la Unión⁴⁴.

26. Además, la *cláusula de orden público* sólo puede aplicarse, cuando el juez constata una violación manifiesta de una norma jurídica esencial o de un derecho fundamental *in concreto*, es decir, atendiendo a la gravedad de los efectos producidos por el reconocimiento de la sentencia en cuestión en el caso concreto. A este respecto, conviene distinguir entre las violaciones del orden público en su dimensión «procesal» y las de su dimensión «material»⁴⁵.

27. Las violaciones del orden público en su *dimensión procesal* son más fáciles de constatar, ya que «sólo» hay que evaluar si la resolución que se solicita reconocer o ejecutar se basa en un procedimiento que se aparta de los principios fundamentales del Derecho procesal del Estado miembro requeri-

⁴² Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the application of Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), COM(2025) 268 final, p. 15. Véase también P. MANKOWSKI, “Recognition and Enforcement”, en V. LAZIĆ/P. MANKOWSKI, *The Brussels I bis Regulation Interpretation and Implementation*, 2023, p. 481.

⁴³ TJUE, *Real Madrid*, cit., apartado 35. Anteriormente TJUE, 16 julio 2015, *Diageo Brands*, cit., apartado 42; 23 octubre 2014, *flyLAL-Lithuanian Airlines AS*, C-302/13, apartado 72; 28 abril 2009, *Apostolides*, cit., apartados 56 et 57; 28 marzo 2000, *Krombach*, C-7/98, apartado 23; 11 mayo 2000, *Renault*, C-38/98, apartado 28.

⁴⁴ TJUE, *Real Madrid*, cit., apartados 37 y 39 y jurisprudencia citada. Sobre el contenido del orden público en la evolución del Derecho de la Unión Europea, véase G. ZARRA, “Il c.d. ordine pubblico dell’Unione europea nell’interazione tra le fonti del sistema ordinamentale”, *Diritto del commercio internazionale*, 3/2022, pp. 646-654.

⁴⁵ Sobre este punto, véase J. T. NOWAK, V. RICHARD, “Article 45”, en M. REQUEJO ISIDRO (ed.), *Brussels I Bis. A Commentary on Regulation (EU) No 1215/2012*, 2022, pp. 670-674; G. ZARRA, *Imperativeness in Private International Law. A View from Europe*, The Hague, 2022, pp. 131-138.

do (y, por lo tanto, del derecho a un juicio justo previsto en el artículo 47, párrafo segundo, de la Carta) hasta el punto de que este último no la consideraría conforme con el Estado de Derecho⁴⁶. Si se constata tal circunstancia, debe aplicarse la *cláusula de orden público*, ya que, de lo contrario, el reconocimiento o la ejecución de dicha resolución supondría una violación grave de las normas esenciales o de los derechos fundamentales de carácter procesal. Por ejemplo, el juez del Estado miembro requerido debe denegar el reconocimiento de una resolución de otro Estado miembro dictada sin haber efectuado el preceptivo reenvío prejudicial obligatorio y sin una motivación específica al respecto. Dicha resolución, de hecho, es contraria al orden público en su dimensión «procesal», ya que se ha privado a las partes de un instrumento procesal necesario para la tutela efectiva de sus derechos, al cual los interesados no pueden acceder de forma autónoma⁴⁷. En cambio, el Tribunal de Justicia ha establecido recientemente que el juez del Estado miembro requerido no puede denegar el reconocimiento de una resolución de otro Estado miembro por «el mero hecho de que una demanda no sea resuelta por el órgano jurisdiccional designado en un acuerdo atributivo de competencia y de que, por consiguiente, no se resuelva sobre esa demanda conforme al Derecho del Estado miembro al que pertenece dicho órgano jurisdiccional» ya que no hay «una violación del derecho a un proceso equitativo de tal gravedad que el reconocimiento de la resolución dictada sobre dicha demanda sea manifiestamente contraria al orden público [en su dimensión «procesal»] del Estado miembro requerido»⁴⁸.

28. En el caso de violaciones del orden público en su *dimensión material*, en cambio, el juez debe evaluar si el reconocimiento o la ejecución implicarían una vulneración de derechos de carácter material, es decir, de «intereses jurídicos expresados en una norma jurídica» y que no son «puramente económicos»⁴⁹. Esta actividad debe realizarse respetando la prohibición de revisar el fondo de la resolución dictada en otro Estado miembro. Como subraya la doctrina, dicha limitación reduce de manera considerable los supuestos en los que el órgano jurisdiccional requerido puede encontrar una contradicción con su propio orden público «material»⁵⁰. Además, el Tribunal de Justicia ha precisado que el juez del Estado requerido no puede denegar el reconocimiento o la ejecución por el mero hecho de que exista una divergencia entre la norma jurídica aplicada por el tribunal del Estado miembro de origen y la que habría aplicado el tribunal del Estado miembro requerido si se le hubiera sometido a él el litigio (*control de competencia legislativa*)⁵¹. En consecuencia, parece relativamente difícil identificar supuestos en los que se pueda aplicar la cláusula de orden público «material». Para mitigar, al menos en parte, estas limitaciones, el Tribunal de Justicia intervino con la sentencia *Real Madrid*, sosteniendo, como dicho, que una vulneración de la libertad de prensa en los términos anteriormente indicados puede justificar la aplicación de dicha cláusula y la denegación del reconocimiento o ejecución de la resolución extranjera.

⁴⁶ TJUE 2 abril 2009, *Gambazzi*, C-394/07, apartados 45-48; 28 marzo 2000, *Krombach*, cit., apartados 38-40.

⁴⁷ S. MARINO, “L’obbligo di rinvio pregiudiziale fra responsabilità dello Stato e circolazione della sentenza nell’Unione”, *Rivista di diritto internazionale*, 2015, pp. 1273-1274.

⁴⁸ TJUE 21 marzo 2024, *Gjensidige*, C-90/22, apartado 75. Para un comentario sobre esta sentencia, véase M. HO-DAC, “The CJEU on the Breach of a Jurisdiction Clause as a Ground for Non-Recognition of a Judgment”, *Eapil.org*, 8 mayo 2024.

⁴⁹ TJUE, *flyLAL-Lithuanian Airlines AS*, cit., apartado 56.

⁵⁰ P. MANKOWSKI, “Recognition and Enforcement”, cit., p. 486. En cambio, las contradicciones con el orden público «procesal» son más fáciles de declarar sin infringir la prohibición de revisión en cuanto al fondo. Por ejemplo, como visto precedentemente, no se produce una violación de la revisión en cuanto al fondo, cuando el juez requerido examina los motivos de la falta de reenvío prejudicial. Esto se desprende de la lectura de la sentencia *Avotiņš* (TEDH, 18 junio 2013, no. 3890/11, *Avotiņš v. Latvia*), en la que el TEDH omitió expresamente toda referencia a la prohibición de revisar en cuanto al fondo las sentencias dictadas en otros Estados miembros y, por el contrario, destacó las posibles responsabilidades del juez que reconozca o ejecute una sentencia dictada en violación de los derechos fundamentales, negándose a verificarla mediante la *cláusula de orden público*. Véase C. FOSSATI, “Circolazione delle sentenze all’interno dell’Unione europea e ordine pubblico: Una recente pronuncia della Cassazione italiana”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 16, n. 1, marzo 2024, p. 791; G. BIAGIONI, “*Avotiņš v. Latvia*. The Uneasy Balance Between Mutual Recognition of Judgments and Protection of Fundamental Rights”, *European Papers*, vol. 1, 2016, n. 2, p. 589.

⁵¹ TJUE, *flyLAL-Lithuanian Airlines AS*, cit., apartado 48.

V. La tarea de equilibrista encomendada a la *Cour d'appel de París*

29. A la luz de la interpretación del Tribunal de Justicia y de las indicaciones de la *Cour de cassation*, la *Cour d'appel de París* deberá dictar ahora una nueva sentencia.

30. Del análisis que antecede se desprende que dicha Corte no podrá cuestionar ni la veracidad de los hechos establecidos por el juez de origen, ni la interpretación del Derecho nacional aplicado, ni la valoración de las pruebas o la cuantificación del daño. En particular, el juez francés no podrá sustituir la apreciación del juez español en relación con la difamación o el daño moral, ya que ello constituiría una revisión en cuanto al fondo prohibida por el Reglamento Bruselas I. En otras palabras, no podrá volver a examinar si el artículo publicado en el periódico *Le Monde* era efectivamente *difamatorio*, ni determinar si el *daño moral* sufrido alcanzaba realmente tal magnitud, ni reevaluar las *pruebas* del perjuicio o la *culpabilidad* del periodista.

31. Dado que, como se ha indicado, la prohibición de revisar en cuanto al fondo es absoluta, pero matizada por el control sobre el respeto del orden público y los derechos fundamentales, la *Cour de cassation*, aplicando los principios establecidos por el Tribunal de Justicia, reconoce a la *Cour d'appel de París* un *margen residual de apreciación*: ésta solo deberá determinar si la ejecución de la resolución extranjera en Francia implicaría una violación «manifiestamente desproporcionada» de los derechos fundamentales, en particular la *libertad de prensa* contemplada en el artículo 11 de la Carta. En otras palabras, deberá asegurarse de que la ejecución de la resolución extranjera no produzca efectos contrarios a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico. Por lo tanto, puede afirmarse que, limitándose a una evaluación de los efectos concretos en el territorio francés⁵², el *juicio de proporcionalidad* solicitado básicamente constituye un *control de compatibilidad y no de justicia sustantiva*.

32. Sin embargo, dicho juicio resulta particularmente complejo: el criterio en el que se basa (evaluar si la violación de los derechos fundamentales es «manifiestamente desproporcionada») es relativamente vago y deja un amplio margen de discrecionalidad a los jueces franceses. Estos últimos deberán asumir la difícil tarea de aplicar y combinar los parámetros establecidos por el Tribunal de Justicia, es decir los recursos de las personas condenadas a pagar la indemnización, la gravedad de su acto dañoso y la magnitud del perjuicio tal como aparecen constatadas en las resoluciones que deben ejecutarse, junto a todas las circunstancias del caso, incluso el hecho de que uno de los sujetos a indemnizar es una persona física y el otro una persona jurídica.

33. En este contexto, la *Cour d'appel de París* podría tener en cuenta que el tribunal español, al sopesar los intereses en juego (la protección de la reputación, por un lado, y el ejercicio de la libertad de prensa, por otro), no se ha ajustado plenamente a la jurisprudencia del TEDH tal y como ha sido recogida por el Tribunal de Justicia: ha fijado el importe de la indemnización atendiendo a la culpa y al daño, pero sin valorar el impacto de la sentencia sobre los condenados, es decir, las consecuencias económicas de las condenas para los demandados y, específicamente para la empresa editora del periódico *Le Monde*, las consecuencias prácticas de dicha condenas para la continuación de su actividad. La doctrina, entonces, se pregunta si este fallo metodológico constituye en sí mismo una clara violación de la libertad de expresión⁵³. De no ser así, todo dependerá de la evaluación de los recursos del periodista EE y de *Le Monde*. Si estos recursos resultaran insuficientes hasta el punto de conferir a la condena un carácter manifiestamente desproporcionado, la sentencia española no podrá ser ejecutada en Francia, dado que generaría un «*chilling effect*» sobre la futura cobertura mediática de asuntos similares y, por lo tanto, supondría una violación de la libertad de prensa.

⁵² Como señalado en S. CORNELOUP, “Rapport complémentaire”, p. 18, disponible en el siguiente enlace: <https://www.courdecassation.fr/getattatchedoc/6836a36791bdea24a84821d1/60e53e5e8e4b6d5b76d2c5b2c082b03f>.

⁵³ F. MARCHADIER, French Supreme Court Rules after Preliminary Ruling in Real Madrid v Le Monde”, cit., pp. 59-60.

34. Entonces, la decisión final de la nueva sección de la *Cour d'appel de París* podría, sin embargo, confirmar la denegación del reconocimiento, aunque – como ya se ha señalado en la doctrina – tal resultado deberá fundarse en elementos y valoraciones distintos de los utilizados por la sección que se pronunció en el primer momento⁵⁴.

35. Además, la denegación del reconocimiento también podría ser *parcial*, ya que, como se ha mencionado, el Tribunal de Justicia ha indicado que: «[d]e constatar [la *Cour d'appel de París*] una vulneración manifiesta de la libertad de prensa, habría de limitar la denegación de la ejecución de [l]as resoluciones [españolas] a la parte manifiestamente desproporcionada, en el Estado miembro requerido, de la indemnización por daños y perjuicios concedida»⁵⁵. Dado que la prohibición de la revisión en cuanto al fondo impide modificar la sentencia para conceder el *exequátur* fijando una cuantía de daños y perjuicios menor pero aceptable, el juez requerido no puede volver a juzgar el asunto y reducir dicha cuantía. Solo puede reconocer algunos aspectos de las resoluciones españolas y descartar otros, ya que los varios puntos del dispositivo son claramente separables. Por ejemplo, puede autorizar únicamente la ejecución de la indemnización por daños y perjuicios otorgada al médico. De hecho, es posible aceptar la ejecución de la indemnización concedida a la persona física y no la otorgada a la persona jurídica, o incluso rechazar ambas. O bien, el juez requerido también puede autorizar únicamente la ejecución de la indemnización por daños y perjuicios por parte de la empresa editora y no la por parte del periodista, ya que la «vulneración manifiesta de la libertad de prensa [puede] resulta[r] de la ejecución de las resoluciones controvertidas en el litigio principal solamente en lo que respecta [...] a una de las dos partes demandadas de que se trata en dichas resoluciones»⁵⁶.

VI. Conclusión

36. El caso *Real Madrid c. Le Monde* ha brindado la oportunidad de aclarar tanto aspectos procesales de la cooperación judicial en materia civil, así como cuestiones sustantivas relacionadas con el derecho de los medios de comunicación y de la protección de los derechos fundamentales. Si la sentencia *Real Madrid* del Tribunal de Justicia pasará a la historia como un paso importante en la protección de la democracia europea (como ya se ha señalado⁵⁷), la sentencia de la *Cour de cassation* aquí comentada y la de la *Cour d'appel de París* que se dictará constituirán un testimonio de la delicada tarea encomendada a los jueces nacionales de aplicar y conciliar los principios establecidos por el Derecho de la Unión Europea y garantizar, al mismo tiempo, seguridad jurídica y garantías sustantivas. En esencia, mediante un control de la resolución extranjera – que aquí se ha definido como un “control de compatibilidad” con el ordenamiento nacional, que supone un juicio de proporcionalidad de la condena – la *Cour d'appel de París* deberá lograr un equilibrio entre el principio de reconocimiento mutuo y la salvaguardia de los valores fundamentales del ordenamiento francés.

37. Con el fin de alcanzar dicho equilibrio, no puede descartarse que la *Cour d'appel de París*, para evitar de incurrir nuevamente en el error de revisar el fondo de las sentencias españolas, opte por el reconocimiento y la ejecución parciales. De hecho, como se ha dicho, el Tribunal de Justicia, en la sentencia *Real Madrid*, ha previsto esta solución para el caso de que el juez requerido, tras el citado juicio de proporcionalidad, constate que la ejecución *in toto* de la decisión extranjera comportaría una violación manifiesta de un derecho reconocido como fundamental en su Estado. De esta manera se “salvaría”, en la medida de lo posible, la circulación de la decisión en la Unión. Esta opción constituye una novedad en el régimen de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, que hasta ahora se centraba

⁵⁴ G. VAN CALSTER, “Real Madrid v Le Monde. Following CJEU instructions to a tee, the French Supreme Court annuls court of appeal refusal to recognise alleged ‘SLAPP’ judgment, instructs new assessment”, cit.

⁵⁵ TJUE, *Real Madrid*, cit., apartado 73.

⁵⁶ *Ibidem*, apartado 72.

⁵⁷ C. MASSA, “L’arrêt Real Madrid et d’autres avancées pour protéger la liberté de la presse et la démocratie européenne”, cit.

en una elección binaria por parte del juez requerido, es decir, la de conceder o no el reconocimiento y la ejecución; ante un motivo de no reconocimiento, la sentencia extranjera no podía surtir ningún efecto en el Estado requerido. Sin embargo, aunque el reconocimiento y la ejecución parciales puedan parecer preferibles a una denegación total, esta solución no está exenta de aspectos problemáticos⁵⁸. Por un lado, tiene la ventaja de limitar la aplicación de la *cláusula de orden público* y salvaguardar la circulación de las sentencias en la Unión, pero, por otro lado, parece atenuar el *principio de confianza recíproca*. Además, acoger esta solución plantea un serio problema práctico al juez requerido: ¿cómo evaluar de manera concreta la desproporción – y por ende la violación – manifiesta?

38. El juez requerido, en esencia, debe identificar un límite claramente definido: debe determinar cuándo una violación de un derecho fundamental pasa de ser «mera» (discutible y justificable, ya que en realidad constituye una «compresión» del derecho en cuestión en el intento de equilibrarlo con otros intereses) a una «manifiestamente desproporcionada» (inaceptable). De este modo podría decidir «cuánta» parte de la sentencia extranjera reconocer y ejecutar. Desde esta perspectiva, cabe observar que el Tribunal de Justicia, en la sentencia *Real Madrid*, y el Abogado General SZPUNAR, en sus conclusiones en el mismo asunto, han establecido unos parámetros al servicio del juez nacional que, como se ha visto, son bastante prácticos (aunque difíciles de armonizar entre sí). El parámetro más peculiar es el de tener en cuenta los recursos de las personas condenadas a pagar la indemnización. Este parámetro, como se ha dicho, deberá coordinarse con el de la gravedad del acto dañoso y con el de la magnitud del perjuicio, tal como aparecen constatados en las resoluciones que deben ejecutarse, y con todas las circunstancias del caso.

39. No obstante, la practicidad de estos parámetros se deriva del hecho de que están estrechamente relacionados con el *caso concreto*, con el *tipo de derecho* que corre el riesgo de resultar vulnerado (la libertad de prensa) y con el *efecto negativo* que podría derivarse de la ejecución de la resolución extranjera (el efecto disuasorio sobre la cobertura mediática de determinadas cuestiones). Esto hace que dichos criterios sean aplicables solo *in casu*. Sin embargo, como ha señalado la doctrina, la desventaja evidente de esta situación es que, en ausencia de criterios generalizados que ayuden a los jueces nacionales a discernir cualquier violación manifiesta de cualquier derecho fundamental, dichos jueces pueden verse tentados, o incluso obligados, a remitirse al Tribunal de Justicia para solicitar orientaciones para la evaluación del orden público en su dimensión «material» en relación con otros derechos fundamentales, lo que llevaría a dicho Tribunal a tener que ofrecer instrucciones específicas para innumerables casos⁵⁹. De hecho, los jueces ordinarios de la Unión Europea no están familiarizados con el concepto de «desproporción manifiesta» o «violación manifiesta» en relación con el derecho sustantivo, debido a la indeterminación de dicho concepto. Por ejemplo, esta fórmula no podría aplicarse a los *ilícitos penales*, ya que entraría en conflicto con el *principio de taxatividad* y de determinación del *tipo penal*. Su relevancia se limita, en la práctica, al ámbito procesal. En el ordenamiento italiano, por ejemplo, la reforma «Cartabia»⁶⁰ ha modificado recientemente el artículo 348 *bis* del Código de Procedimiento Civil, según el cual, si la apelación es «manifiestamente infundada», el juez resuelve mediante un procedimiento simplificado⁶¹. Además, la «manifiesta falta de fundamento» resulta relevante en el contexto del juicio

⁵⁸ La solución de la ejecución parcial no resulta del todo satisfactoria para A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Un article de presse, deux affaires en Espagne et vingt fois plus de dommages-intérêts moraux dans l’une d’elles : exequatur en France?”, *Revue Perspectives Contentieuses Internationales*, volumen 3, 30 junio 2025, p. 45.

⁵⁹ G. VAN CALSTER, “*Real Madrid v Le Monde*. Following CJEU instructions to a tee, the French Supreme Court annuls court of appeal refusal to recognise alleged ‘SLAPP’ judgment, instructs new assessment”, cit. Véase también O. BOSKOVIC, “L’ordre public international et les condamnations pécuniaires excessives”, *Revue Perspectives Contentieuses Internationales*, volumen 3, 30 de junio de 2025, pp. 52-53.

⁶⁰ D. lgs. 10 ottobre 2022 n. 149, Attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l’efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata, G.U. n. 243 del 17/10/2022 – suppl. ordinario n. 38.

⁶¹ Artículo 348 *bis*, apartado I, del Código de Procedimiento Civil: «Quando ravvisa che l’impugnazione è inammissibile o manifestamente infondata, il giudice dispone la discussione orale della causa secondo quanto previsto dall’articolo 350 *bis*».

de legitimidad constitucional, como requisito de admisión, junto con el de la relevancia⁶². Por lo tanto, los jueces ordinarios sólo pueden remitirse a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en la que se encuentran casos específicos de violaciones manifiestas. Por ejemplo, la sentencia *Krombach* afirma que: «la negativa a oír al abogado de un acusado ausente de los debates constituye una violación manifiesta de un derecho fundamental»⁶³.

40. Es evidente, por lo tanto, que se produce un cortocircuito: resulta difícil establecer criterios prácticos que sean, al mismo tiempo, de aplicación general. Más allá de esta laguna metodológica, cuya resolución corresponde al Tribunal de Justicia en el futuro, en el caso que nos ocupa parecen existir todos los elementos para que la *Cour d'appel de París*, aplicando los criterios indicados por el Tribunal de Justicia, opte nuevamente por denegar el *exequátur*, basándose, esta vez, en nuevas consideraciones. Entre éstas, sin duda tendrá un peso determinante el hecho de que: «[l]a denegación del reconocimiento y la ejecución en tal caso no sólo protege al demandado contra la sanción que se le ha impuesto, sino también los intereses de la sociedad del Estado miembro en cuestión»⁶⁴. Al fin y al cabo, el caso no está relacionado con cualquier derecho fundamental, sino con el propio fundamento de la democracia.

⁶² Sobre este tema, véase, *ex multis*, E. PIGNANELLI, “L’ultima parola del giudice comune? Il requisito della non manifesta infondatezza e il rischio di un controllo di costituzionalità negato”, *Rivista AIC*, 4/2025, pp. 464-504.

⁶³ TJUE 28 marzo 2000, *Krombach*, cit., apartado 40.

⁶⁴ Conclusiones del Abogado general SZPUNAR presentadas el 8 febrero 2024 en el asunto *Real Madrid Club de Fútbol*, C-633/22, cit., apartado 170.

Consideraciones acerca de las acciones de cesación y los daños morales por la pérdida de control de los datos personales. Comentario a la sentencia del TJUE de 4 de septiembre de 2025, asunto C-655/23 (Quirin Privatbank)*

Considerations on prohibitory injunctions and non-material damage derived from the loss of control of personal data. Commentary on the CJEU Judgment of September 4, 2025, Case C655/23 (Quirin Privatbank)

FELIPE OYARZÚN VARGAS
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil
Universidad Carlos III de Madrid
ORCID ID: 0000-0003-1279-201X

Recibido: 08.01.2026 / Aceptado: 16.01.2026
DOI: 10.20318/cdt.2026.10296

Resumen: Este trabajo analiza los mecanismos de tutela judicial privada frente a infracciones en materia de protección de datos, a la luz de la sentencia del TJUE en el asunto C-655/23 (Quirin Privatbank). El estudio aborda dos ejes fundamentales: la viabilidad de las acciones de cesación ante la falta de una regulación expresa en el RGPD y la configuración del daño moral derivado de la pérdida de control de los datos personales. Mediante un análisis comparado entre los ordenamientos alemán y español, se advierte sobre el riesgo de fragmentación normativa que supone delegar la procedencia de las acciones inhibitorias en los derechos nacionales. Finalmente, se examina la configuración del daño moral puro en España, analizando la función de la responsabilidad civil en estos supuestos y los criterios para su cuantificación.

Palabras Clave: Protección de datos, RGPD, TJUE, acción de cesación, daño moral, pérdida de control, responsabilidad civil, derecho a la tutela judicial efectiva.

Abstract: This paper analyzes private judicial protection mechanisms against data protection infringements, considering the CJEU judgment in Case C-655/23 (Quirin Privatbank). The study addresses two fundamental pillars: the feasibility of prohibitory injunctions given the lack of express regulation in the GDPR and the configuration of non-material damage (emotional harm) derived from the loss of control of personal data. Through a comparative analysis between the German and Spanish legal systems, it warns about the risk of regulatory fragmentation involved in delegating the admissibility of prohibitory injunctions to national laws. Finally, the configuration of non-material damage (emotional harm) in Spain is examined, analyzing the role of civil liability in these cases and the criteria for its quantification.

Keywords: Data protection, GDPR, CJEU, prohibitory injunction, non-material damage, loss of control, civil liability, right to an effective judicial remedy.

Sumario: I. Introducción. II. Los hechos y las cuestiones prejudiciales planteadas en el asun-

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de I+D+i PID2022-142468NB-I00, financiado por la Agencia Estatal De Investigación (AEI). Asimismo, su elaboración ha sido posible gracias a la estancia de investigación realizada en la Universidad de Münster (octubre-diciembre de 2025), financiada por la Universidad Carlos III de Madrid mediante las Ayudas para la Movilidad de Investigadores del Programa Propio de Investigación (modalidad de Jóvenes Doctores).

to C-655/23 (“*Quirin Privatbank*”). III. Acerca de la existencia de un mecanismo preventivo en materia de protección de datos personales. 1. Una cuestión conceptual sobre los “*recursos preventivos*”. 2. La situación en el ordenamiento jurídico alemán. 3. Las conclusiones del Abogado General. 4. La posición del TJUE. 5. La situación en el ordenamiento jurídico español. IV. ¿Influye la acción de cesación en la determinación del monto indemnizatorio? V. Acerca de los daños morales a causa de la pérdida de control de los datos personales. 1. Los sentimientos negativos como daño moral. 2. La importancia de la culpa del responsable del tratamiento en la determinación del importe de la indemnización de los daños extrapatrimoniales. 3. Los daños morales puros en el ordenamiento jurídico español. VI. Conclusiones.

I. Introducción

1. La protección de datos personales en la Unión Europea (UE) se estructura sobre un sistema complejo de garantías que combina la tutela jurídica pública (el *public enforcement*), a cargo de las autoridades de control, y la tutela jurídica privada (el *private enforcement*), que permite a los ciudadanos acudir a la vía judicial para la defensa de sus intereses¹. El pilar fundamental de esta última vía es el artículo 79 del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), que reconoce de manera explícita el derecho de todo interesado a la tutela judicial efectiva contra los responsables o encargados del tratamiento.

2. Una de las piezas principales de la tutela jurídica privada es el art. 82 del RGPD, el cual establece un sistema de responsabilidad civil que aspira a ser autónomo y uniforme en toda la UE, buscando evitar disparidades en la aplicación del derecho². No obstante, esta aspiración de uniformidad se topa con la realidad de que el Reglamento no agota la regulación de todos los aspectos de la responsabilidad, surgiendo interrogantes respecto a importantes materias.

3. Tanto la viabilidad de las acciones de cesación destinadas a evitar la reiteración de tratamientos ilícitos como las reglas acerca de la cuantificación de los daños extrapatrimoniales (en particular, los denominados daños morales puros, derivados de la pérdida de control de la información) son ejemplos de lagunas normativas existentes en el ámbito de la protección de datos personales. El vacío normativo a nivel comunitario en estas materias amenaza la uniformidad del Derecho de la UE, fomentando respuestas heterogéneas por parte de los Estados miembros frente a problemas idénticos³.

4. El presente trabajo analiza estas cuestiones a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), centrándose en el análisis comparado entre el Derecho alemán y el español, con especial atención a las implicaciones del asunto C-655/23 (*Quirin Privatbank*).

II. Los hechos y las cuestiones prejudiciales planteadas en el asunto C-655/23 (“*Quirin Privatbank*”)

5. Los hechos de este caso ocurrieron en el marco de un proceso de selección de personal llevado a cabo por la entidad bancaria Quirin Privatbank AG mediante una red social profesional en

¹ P. DE MIGUEL ASENSIO, “Requisitos del derecho a indemnización en el Reglamento General de Protección de Datos”, *Revista La Ley Unión Europea*, N°115, 2023, p. 2.

² Sobre el concepto autónomo de responsabilidad civil en el ámbito de protección de datos personales, véase V. JANEČEK y C. TEIXEIRA SANTOS, “The Autonomous Concept of ‘Damage’ According to the GDPR and Its Unfortunate Implications: Österreichische Post”, *Common market law review*, Vol. 61, 2024, pp. 531-544; M. CAVALLER VERGÉS, “El concepto autónomo de responsabilidad civil en el ámbito de la protección de datos personales en la era digital: análisis del artículo 82 del Reglamento 2016/679”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N° 79, 2025, pp. 251-292.

³ En un sentido similar, véase: A. RUBÍ PUIG, “Problemas de coordinación y compatibilidad entre la acción indemnizatoria del artículo 82 del Reglamento General de Protección de datos y otras acciones en derecho español”, *Revista Derecho Privado y Constitución*, N° 34, 2019, p. 203.

Alemania. Concretamente, el 23 de octubre de 2018, una empleada de la entidad remitió por error un mensaje destinado al candidato (IP) a un tercero ajeno al proceso de contratación. El mensaje contenía información sensible relativa a la negociación salarial, especificando el rechazo de las pretensiones del candidato y comunicando una contraoferta económica. Cabe destacar que el receptor del mensaje era un tercero que conocía al demandante por haber compartido entorno laboral en el pasado. Este tercero, tras recibir la comunicación confidencial, la reenvió a IP preguntándole sobre su búsqueda de empleo.

6. A causa de esta vulneración de la confidencialidad, IP presentó una demanda acumulando dos acciones. Por un lado, ejercitó una acción de cesación (o abstención), dirigida a impedir que la entidad reincidiera en cualquier tratamiento de sus datos personales en relación con su candidatura que reiterase la divulgación sin autorización de dichos datos tras el envío del mensaje por error a un tercero. Por otro lado, ejercitó una acción indemnizatoria por daños extrapatrimoniales, fundamentada en la pérdida de control de sus datos personales, la deshonra por el resultado adverso en la negociación salarial y el temor a que su situación profesional fuera divulgada en su sector.

7. Luego de una disparidad de criterios en las instancias anteriores, el caso llega a conocimiento del *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo alemán, en adelante BGH por sus siglas en alemán), órgano que suspendió el procedimiento para plantear seis cuestiones prejudiciales ante el TJUE. Las interrogantes se pueden dividir de la siguiente manera:

8. En primer lugar, se cuestiona el fundamento normativo de la acción de cesación (o abstención). El BGH consulta sobre cuál es la base jurídica que faculta a un interesado para exigir que el responsable se abstenga de reiterar un tratamiento ilícito en el futuro, incluso si no se solicita la supresión de los datos (cuestiones prejudiciales primera a tercera).

9. En segundo lugar, el BGH plantea una cuestión de interacción entre remedios jurídicos. Se busca dilucidar si, en el supuesto de que se reconozca al interesado tanto el derecho a una orden de cesación como a una indemnización, la existencia de la primera (la tutela preventiva o acción negatoria) puede operar como una circunstancia atenuante que reduzca, o incluso excluya, la compensación económica por el daño extrapatrimonial ya sufrido (cuestión prejudicial sexta).

10. En tercer lugar, el BGH plantea algunas cuestiones relativas a la conceptualización y cuantificación del daño extrapatrimonial de acuerdo con el art. 82.1 del RGPD. Se solicita al TJUE que aclare si sentimientos negativos habituales (tales como el enfado, la preocupación o el miedo) son suficientes para generar un derecho a indemnización o si, por el contrario, se requiere un perjuicio de mayor trascendencia que supere las vicisitudes cotidianas⁴. Asimismo, se plantea si la gravedad de la culpa (dolo o negligencia grave) del responsable del tratamiento debe ser un criterio ponderable para fijar el monto indemnizatorio (cuestiones prejudiciales cuarta y quinta).

III. Acerca de la existencia de un mecanismo preventivo en materia de protección de datos personales

1. Una cuestión conceptual sobre los “recursos preventivos”

11. Inicialmente, conviene hacer unas distinciones que ayuden a comprender de mejor forma tanto la sentencia que es objeto de este comentario como este trabajo. Esta sentencia del TJUE se refiere,

⁴ Una de las disparidades entre las instancias anteriores de este caso tenía relación con la procedencia del daño extrapatrimonial. Mientras que en primera instancia se concedió un resarcimiento por los daños extrapatrimoniales, en segunda instancia se revocó dicha decisión, desestimando la pretensión indemnizatoria al considerar que el interesado no había acreditado la existencia de un perjuicio concreto y efectivo.

entre otras cosas, a la posibilidad de establecer en el RGPD lo que denomina “*una acción de carácter judicial preventivo*” (apartado 42) o un “*recurso preventivo*” (apartado 45)⁵.

12. La primera cuestión prejudicial planteada por el BGH tiene relación con el contenido de los artículos 17 y 18 del RGPD. Concretamente, el tribunal alemán consulta si es posible incluir dentro del contenido de estas normas que el interesado exija al responsable del tratamiento de abstenerse de reiterar un tratamiento ilícito en el futuro, incluso cuando el primero no solicite la supresión de sus datos al segundo. En este caso el demandante había solicitado que se prohibiese al demandado seguir tratando, por sí mismo o por terceros, sus datos personales derivados del proceso de selección. El objetivo del demandante no era la eliminación de su información personal, a pesar de la infracción normativa, sino que su prioridad era garantizar que no se repitieran los actos de tratamiento ilegítimo en el futuro.

13. Así, la primera cuestión prejudicial planteada no se está refiriendo a la posibilidad de decretar medidas cautelares, sino que se refiere a la posibilidad de que en el plano sustantivo el interesado pueda disponer de una acción judicial de carácter preventivo dirigida a obtener una orden que impida al responsable del tratamiento incurrir en nuevas infracciones que vulneren el derecho a la protección de datos⁶. Desde este punto de vista, el interés de la cuestión prejudicial planteada era saber si dentro del contenido del artículo 17 (referido al derecho de supresión) del RGPD se puede comprender una acción con las características señaladas.

Antes de desarrollar el contenido de la sentencia propiamente tal, es preciso dar algunas notas sobre la noción de “*recurso preventivo*” o “*acción judicial preventiva*” las cuales pueden resultar ajenas a nuestra tradición jurídica. La traducción al español de la sentencia del TJUE sobre este punto fue a través del término “acción de cesación”.

14. En el ordenamiento jurídico español, se suele distinguir dentro de la acción negatoria (también llamada “tutela inhibitoria”) dos subespecies: las acciones de cesación y las acciones de prohibición⁷. Por ejemplo, en el ámbito de la propiedad industrial, la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes, dentro del título VII (referido a las acciones por violación del derecho de patente) contiene el art. 71 referido a las acciones civiles. En particular, el art. 71.1 letra a) indica que el titular cuyo derecho de patente sea lesionado podrá solicitar tanto la cesación de los actos que violen su derecho como su prohibición si éstos todavía no se han producido. Como se observa, se distingue entre la cesación de actos que ya están violando el derecho de patente como la prohibición o abstención de aquellos actos que amenazan con lesionar el derecho de patente respectivo. Esta extensión demuestra que la acción de cesación en materia de patentes tiene una mirada hacia el pasado (consistente en cesar actos que ya están vulnerando los derechos en materia de patentes) y hacia el futuro (prohibiendo los actos infractores que todavía no se han producido)⁸. Esta extensión de la protección en materia de patentes es similar a la regulación en materias de competencia desleal⁹.

15. Esta distinción también se aprecia en otros sistemas jurídicos. Por ejemplo, la TJUE en inglés utiliza el concepto de “*prohibitory injunction*” para referirse a la acción que persigue la no reiteración de un tratamiento ilícito. En los ordenamientos jurídicos anglosajones, estos requerimientos judiciales (“*in-*

⁵ Véase la STJUE, asunto C-655/23, de 4 de septiembre de 2025, ECLI:EU:C:2025:655 (“*Quirin Privatbank*”).

⁶ TJUE, asunto C-655/23, de 4 de septiembre de 2025, ECLI:EU:C:2025:655 (“*Quirin Privatbank*”), ap. 42.

⁷ En la doctrina nacional, véase P. SALVADOR CODERCH y J. SANDIUMENGE FARRÉ, “La acción negatoria”, en *Revista Poder Judicial*, Nº 10, 1988, p. 121; E. LLAMAS POMBO, *Las Formas de prevenir y reparar el daño*, Primera edición, Madrid, Editorial La Ley Wolters Kluwer España, 2020, p. 84; M. YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, Séptima Edición, Madrid, Editorial Dykinson, 2021, pp. 636-637.

⁸ R. BERCOVITZ ÁLVAREZ, “Acciones por violación del derecho de patente”, en R. BERCOVITZ ÁLVAREZ, y A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *La nueva Ley de Patentes: Ley 24/2015, de 24 de julio*, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi Thomson Reuters, 2015, p. 303.

⁹ Así también lo expresa F. PANTALEÓN PRIETO, “La acción de cesación o de prohibición en la Ley de competencia desleal”, en J.L. IGLESIAS PRADA (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez. Tomo I; Introducción y Titulos-Valor*, Primera edición, Madrid, Editorial Cívitas, 1996, p. 953.

junctions”) suelen distinguirse según el objetivo que persiguen. Si las órdenes de los tribunales buscan que una persona realice una acción positiva se denominan “*mandatory injunction*”; mientras que, si las órdenes de los tribunales persiguen que una persona deje de comportarse de una manera determinada se denominan “*prohibitory injunction*”¹⁰.

16. El idioma original de la sentencia del TJUE fue el alemán. El término empleado en la sentencia fue “*Unterlassung*”. Sobre este punto, conviene señalar que en este sistema jurídico se suele distinguir entre la acción que busca suprimir una situación de ilegalidad que ya se ha consolidado y cuyos efectos perduran en el presente (“*Beseitigungs*”) y la acción que se dirige a evitar que ocurra una perturbación futura (“*Unterlassung*”)¹¹. Se verá con mayor detenimiento la situación de este ordenamiento jurídico a continuación.

17. Con base en los antecedentes dados, en este caso se planteó la pregunta de si existe una acción que asegure la eficacia del derecho a reclamar la no reiteración de un tratamiento ilícito de datos personales. En otras palabras, en esta sentencia se responde a la interrogante de si el RGPD consagra o no una “acción judicial preventiva” o, estrictamente, una acción que persiga la abstención de reiteración de tratamiento ilícito (“*acción de prohibición*”, “*prohibitory injunction*” o “*Unterlassung*” según se ha visto).

2. La situación en el ordenamiento jurídico alemán

18. El ordenamiento jurídico alemán dispone en su Código Civil (BGB) una acción de cesación y abstención en el § 1004. Esta disposición, enmarcada en el derecho de propiedad, faculta al propietario a exigir al perturbador la cesación de la perturbación ilícita que afecte su dominio (§ 1004.1 primera parte). De igual forma, en caso de que exista un temor fundado de nuevas perturbaciones, esta norma faculta al propietario a exigir al perturbador la abstención de tal perturbación en el futuro (§ 1004.1 segunda parte)¹².

19. Aunque es una acción que está contemplada como un medio de protección que se concede a los propietarios, se debe destacar que se extiende mucho más allá de la protección del derecho de propiedad. Sobre este punto, existe cierto consenso en la doctrina alemana respecto a que este tipo de acciones puede aplicarse en otras materias por analogía¹³. Un ejemplo de esta extensión radica, precisamente, en la posibilidad de ejercer esta acción para tutelar todos los intereses jurídicamente protegidos por el régimen de responsabilidad extracontractual del BGB¹⁴. La normativa alemana de responsabilidad extracontractual se aparta de la noción de una cláusula única y abierta de resarcimiento de daños (a diferencia de lo que sucede en ordenamientos jurídicos como el español o el francés)¹⁵. De

¹⁰ N. McBRIDE y R. BAGSHAW, *Tort Law*, Sexta edición, Harlow (Reino Unido), Pearson Education Limited, 2018, p. 799. Estos requerimientos judiciales se solicitan para impedir la continuación de un delito civil o en previsión de un delito civil inminente. Véase B. MARKESINIS; S. DEAKIN; A. JOHNSTON, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, Séptima edición, Oxford, Editorial Clarendon Press, 2013, pp. 874-875.

¹¹ U. MAGNUS, “§ 1004”, en G. DANNEMANN y R. SCHULZE, *German Civil Code. Bürgerliches Gesetzbuch. Volume I: Books 1-3: §§ 1-1296*, Múnich, Editorial C.H. Beck, 2020, pp. 1879-1882; M. STAAKE, *Gesetzliche Schuldverhältnisse. 2. Auflage*, Berlin, Editorial Springer, 2022, pp. 406 y ss.

¹² En rigor, la disposición señalada indica lo siguiente: “§1004. Pretensión de cesación y de omisión. (1) Si la propiedad se perturba de cualquier otro modo que no sea la privación o retención de la posesión, el propietario puede exigir del perturbador la cesación. Si son de temer ulteriores perturbaciones, el propietario puede interponer una acción para la omisión. (2) La pretensión está excluida si el propietario está obligado a tolerar la perturbación” en A. LAMARCA MARQUÉS, *Código Civil Alemán. Bürgerliches Gesetzbuch*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2008, pp. 271-272.

¹³ M. STAAKE, ob.cit., p.182; MAGNUS, “§ 1004”, ob.cit, p. 1878.

¹⁴ T. RAFF, “BGB §1004 Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch”, en F.J. SÄCKER, B. BRÜCKNER, R. RIXECKER, H. OETKER, et. al. (editores), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch / Band 8: Sachenrecht, §§ 854-1296; WEG, ErbbauRG*, Munich, Editorial C.H. Beck, 2023, nm. 41; STAAKE, ob. cit., pp. 406-407 ; MAGNUS, “§ 1004”, ob.cit, p. 1878.

¹⁵ Véase C. WITZ, *Le droit allemand*, tercera edición, París, Editorial Dalloz, 2018, p.156; J. KNETSCH y M. FROMONT, *Droit privé allemand*, segunda edición, París, Editorial LGDJ, 2017, p. 205.

hecho, la estructura del sistema reposa fundamentalmente sobre tres cláusulas generales de imputación de daños (§§ 823.1, 823.2 y 826), que interactúan con diversas disposiciones de carácter especial (§§ 824-839a)¹⁶.

20. En función de lo señalado, la acción contemplada en el § 1004 BGB se aplica también a casos donde se afecten intereses jurídicamente protegidos como la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad o cualquier otro derecho absoluto (§ 823.1)¹⁷. La expresión “cualquier otro derecho de otra persona” (“*sonstiges Recht eines anderen*”) se refiere a los derechos absolutos, es decir, se debe tratar de aquellos derechos que gozan de oponibilidad *erga omnes*, pudiendo ser hecho valer frente a la totalidad de terceros que lo menoscaben o amenacen, a diferencia de aquellos derechos cuya observancia solo es exigible a un obligado específico¹⁸.

21. En la actualidad, la jurisprudencia y la doctrina dominante en Alemania interpretan que el concepto de “*otros derechos*” incluye la protección de los derechos de la personalidad¹⁹. Dentro de las posibles vulneraciones a estos últimos, se incluyen aquellas vulneraciones relacionadas con el derecho a la protección de los datos personales²⁰. De este modo, además de contar con la regulación propia del RGPD, el derecho a la protección de datos personales en Alemania se complementa con las reglas supletorias del BGB²¹.

22. Sin embargo, en lo que refiere la protección de los datos personales, el contexto descrito se modificó a partir de unos casos relacionados con los operadores de motores de búsqueda. El BGH ha interpretado que el art. 17 del RGPD, relativo al derecho de supresión (“el derecho al olvido”), no se limita exclusivamente a la eliminación de los datos, sino que también incluye la solicitud de que se abstengan de volver a incluir los datos en los resultados que ofrece el motor de búsqueda²². En este sentido, el BGH estimó la pretensión de los demandantes, imponiendo a la demandada una obligación de abstención respecto a la visualización de sus imágenes en el motor de búsqueda²³.

23. Más allá de las particularidades de la responsabilidad de los operadores de motores de búsqueda, lo relevante a efectos de este trabajo es que en estas decisiones el BGH ha considerado que los demandantes no pueden sustentar su pretensión en las disposiciones del derecho nacional alemán, debiendo primar el art. 17 del RGPD antes que el §823 y/o §1004 del BGB. El BGH justifica este punto mediante la primacía de aplicación del RGPD (el cual es obligatorio en todos sus elementos y direct-

¹⁶ U. MAGNUS, “Introduction to §§ 823–853”, en G. DANNEMANN y R. SCHULZE. *German Civil Code. Bürgerliches Gesetzbuch. Volume I: Books 1-3: §§ 1-1296*, Múnich, Editorial C.H. Beck, 2020, p. 1597.

¹⁷ El §823.1 BGB determina que dentro del deber de resarcimiento del daño que “*quien dolosa o negligentemente lesiona antijurídicamente la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad o cualquier otro derecho de otra persona, queda obligado frente a ésta al resarcimiento del daño que de ello resulta*” Traducción extraída de LAMARCA MARQUÉS, ob. cit., p.239.

¹⁸ Véase G. WAGNER, “BGB § 823 Schadensersatzpflicht”, en H.J.PAPIER, G. WAGNER, H. OETKER, et. al. (editores), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch / Band 7: Schuldrecht - Besonderer Teil IV: §§ 705-853 Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz*, novena edición, Múnich, Editorial C.H. Beck, 2024, nm. 347; U. MAGNUS, “§ 823”, en G. DANNEMANN y R. SCHULZE. *German Civil Code. Bürgerliches Gesetzbuch. Volume I: Books 1-3: §§ 1-1296*, Munich, Editorial C.H. Beck, 2020, p. 1603.

¹⁹ RAFF, ob. cit., nm. 41. Sobre la integración de los derechos de la personalidad como objeto de protección del § 823.1, véase STAAKE, ob. cit., pp. 215-216.

²⁰ WAGNER, “BGB § 823 Schadensersatzpflicht”, ob. cit., nm. 680.

²¹ Lo señalado coincide con lo establecido en el 146 del RGPD que indica que el concepto de daños y perjuicios “*debe interpretarse en sentido amplio a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, de tal modo que se respeten plenamente los objetivos del presente Reglamento. Lo anterior se entiende sin perjuicio de cualquier reclamación por daños y perjuicios derivada de la vulneración de otras normas del Derecho de la Unión o de los Estados miembros*”.

²² Véase el considerando 28 de la sentencia del 23 de mayo del 2023 del BGH, VI ZR 476/18. Véase también el considerando 17 de la sentencia del 27 de julio del 2020 del BGH, VI ZR 405/18.

²³ En este caso, los demandantes exigen a la demandada, como operadora del motor de búsqueda en Internet “Google”, la eliminación de determinados enlaces de resultados que conducen a publicaciones en línea de terceros que los identifican y que, en algunos casos, incluyen fotografías suyas, así como la supresión de la visualización de dichas fotografías (“*thumbnails*”). Véase la sentencia del 23 de mayo del 2023 del BGH, VI ZR 476/18.

amente aplicable en cada Estado miembro²⁴) cuya armonización en el ámbito de la UE se considera definitiva y exhaustiva²⁵.

24. Con base en la situación descrita, una de las cuestiones prejudiciales que planteó el tribunal alemán en este caso tiene relación con la incertidumbre sobre si el artículo 17 del RGPD puede servir de fundamento jurídico para que el afectado pueda ejercer una acción para reclamar la no reiteración de un tratamiento ilícito, en concurrencia con la acción resarcitoria del art. 82 y sin solicitar la acción que busca la supresión de los datos. En otras palabras, si el RGPD mediante el art. 17 puede brindar una acción negatoria (acción de prohibición según se ha visto más arriba) que prevenga futuras infracciones de idéntica naturaleza, sin exigir al responsable la supresión de los datos (primera cuestión prejudicial, letra a). Además, el BGH señala que en el caso de que el interesado rehúse de la supresión de los datos, también cuenta con los derechos establecidos en el art. 18 del RGPD (“derecho a la limitación del tratamiento”). En ese escenario, plantea si es posible también deducirse de este artículo una acción negatoria que persiga la no reiteración de un tratamiento ilícito (primera cuestión prejudicial, letra b).

25. En caso de que se respondan negativamente las cuestiones planteadas en el párrafo anterior, el BGH plantea al TJUE la pregunta acerca de si puede aplicarse el derecho interno de acuerdo con el art. 84 en relación con el art. 79 del RGPD (tercera cuestión prejudicial planteada). Por un lado, el art. 84 confiere la posibilidad a los Estados miembros de establecer todas las medidas necesarias para garantizar la eficacia del RGPD. Por su parte, el art. 79 del RGPD consagra el derecho a la tutela judicial efectiva. Basándose en estos preceptos, el BGH consulta si es posible que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro puede reconocerle al interesado un derecho a exigir la no reiteración o la abstención de un tratamiento ilícito al responsable de conformidad con las disposiciones del Derecho nacional.

3. Las conclusiones del Abogado General

26. De acuerdo con las conclusiones del Abogado General en este asunto, una acción judicial preventiva (destinada a la no reiteración de un tratamiento ilícito) se puede incorporar entre los mecanismos de tutela judicial efectiva del RGPD (art. 79 RGPD).

27. A pesar de no contar con una norma expresa que consagre esta acción, para el Abogado General el derecho del interesado a exigir al responsable del tratamiento que no reitere un tratamiento ilícito –análogo al previamente ejecutado– puede considerarse un corolario del derecho fundamental del mismo interesado a que todo tratamiento de sus datos personales sea lícito (art. 5.1 letra a) y art. 6.1 del RGPD)²⁶. En este sentido, esta acción que se deriva de las normas citadas se puede entender como una manifestación más entre los mecanismos de tutela judicial efectiva (art. 79 del RGPD). Además, desde la perspectiva del Abogado General, el reconocimiento de un derecho a la no reiteración de un tratamiento ilícito es coherente con el objetivo de proporcionar un nivel elevado de protección a las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales (considerando 10º del RGPD)²⁷.

²⁴ Así lo establece el art. 99 del RGPD.

²⁵ Véase el considerando 64 de la sentencia del 27 de julio del 2020 del BGH, VI ZR 405/18; el considerando 42 de la sentencia del 23 de mayo del 2023 del BGH, VI ZR 476/18.

²⁶ Conclusiones del Abogado General Sr. M. Campos Sánchez-Bordona, presentadas el 20 de marzo de 2025, *Quirin Privatbank*, Asunto C-655/23, ECLI:EU:C:2025:655, apartados 38 y 42. El art. 5 del RGPD (“Principios relativos al tratamiento”) señala en su número 1 letra a) que los datos personales serán tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado («licitud, lealtad y transparencia»). Por su parte, el art. 6.1 del RGPD (“Licitud del tratamiento”) establece una serie de condiciones que son necesarias para considerar un tratamiento como “lícito”.

²⁷ Conclusiones del Abogado General Sr. M. Campos Sánchez-Bordona, presentadas el 20 de marzo de 2025, *Quirin Privatbank*, Asunto C-655/23, ECLI:EU:C:2025:655, apartado 44.

28. A diferencia de lo que ha planteado el tribunal alemán en algunas sentencias, el Abogado General defiende que el sustento legal de este derecho está proporcionado por los artículos 5 y 6, en relación con el artículo 79 del RGPD (norma que consagra el “*Derecho a la tutela judicial efectiva contra un responsable o encargado del tratamiento*”), lo cual hace innecesario el análisis de la incidencia de los artículos 17 (derecho a la supresión de los datos personales que hayan sido tratados ilícitamente) y 18 (derecho a la limitación del tratamiento cuando éste sea ilícito) del mismo Reglamento sobre este particular. En sus conclusiones, el Abogado General descarta la aplicación de estos últimos artículos dado que el contenido normativo de estos preceptos no se ajusta ni sirve de base para justificar una acción de no reiteración de un tratamiento ilícito²⁸.

29. En suma, para el Abogado General es innecesario acudir a las reglas de derecho interno dado que entiende que el RGPD, a través de los artículos citados, proporciona una base jurídica para defender la existencia de un “*mecanismo preventivo*” (como lo es la acción de prohibición de reiterar un tratamiento ilícito) exigible en contra del responsable del tratamiento. De cualquier forma, el Abogado General señala que las condiciones concretas para ejercitar esta acción si le corresponden al derecho interno, el cual debe respetar los principios de equivalencia y efectividad²⁹.

4. La posición del TJUE

30. El TJUE es claro en señalar que el RGPD no contiene disposiciones que establezcan, expresa o implícitamente, una acción judicial preventiva mediante la cual los interesados puedan exigir a los responsables del tratamiento de datos personales que se abstengan en el futuro de cometer una infracción de las disposiciones de RGPD³⁰.

31. Como consecuencia de esta premisa, el TJUE comparte la opinión del Abogado General en cuanto a que no es posible deducir una acción judicial preventiva de los artículos 17 y 18 del RGPD, pero difiere en lo que respecta el fundamento legal de una acción judicial preventiva. En efecto, el TJUE no señala que los artículos 5 y 6 del RGPD sirvan como base legal para el derecho del interesado a reclamar del responsable del tratamiento de sus datos personales la no reiteración de un tratamiento. Por tanto, el TJUE concluye que las disposiciones del RGPD no contemplan una acción judicial preventiva que permita al interesado exigir la no reiteración de un tratamiento ilícito al responsable.

32. Cabe añadir que el TJUE ha considerado que dentro del capítulo VIII del RGPD (titulado “Recursos, responsabilidad y sanciones”), no existe una obligación legal sobre los Estados Miembros de establecer un “*recurso preventivo*” en estas materias. No obstante, en esta sentencia se indica expresamente que los Estados miembros no tienen prohibida la posibilidad de establecer un “*recurso preventivo*” para ordenar al responsable del tratamiento que se abstenga de vulnerar nuevamente los derechos³¹.

33. De acuerdo con el Alto Tribunal europeo, el legislador de la UE no persiguió una armonización total de los mecanismos o vías de recursos disponibles³². De este modo, siguiendo lo establecido en el art. 79 del RGPD, el derecho a la tutela judicial efectiva en caso de vulneración al derecho a la pro-

²⁸ Conclusiones del Abogado General Sr. M. Campos Sánchez-Bordona, presentadas el 20 de marzo de 2025, *Quirin Privatbank*, Asunto C-655/23, ECLI:EU:C:2025:655, apartados 54 a 69.

²⁹ Véase los apartados 73 y 74 de las Conclusiones del Abogado General Sr. M. Campos Sánchez-Bordona, presentadas el 20 de marzo de 2025, *Quirin Privatbank*, Asunto C-655/23, ECLI:EU:C:2025:655.

³⁰ TJUE, asunto C-655/23, de 4 de septiembre de 2025, ECLI:EU:C:2025:655 (“*Quirin Privatbank*”), ap. 43.

³¹ TJUE, asunto C-655/23, de 4 de septiembre de 2025, ECLI:EU:C:2025:655 (“*Quirin Privatbank*”), ap. 46.

³² TJUE, asunto C-655/23, de 4 de septiembre de 2025, ECLI:EU:C:2025:655 (“*Quirin Privatbank*”), apartados 47 y 48. Aunque el TJUE indica que el RGPD aspira “a garantizar una armonización de las legislaciones nacionales relativas a la protección de los datos personales”, de igual forma reconoce que “no es menos cierto que varias disposiciones del citado Reglamento ofrecen expresamente a los Estados miembros la posibilidad de establecer normas nacionales adicionales, que sean más estrictas o prevean alguna excepción, lo que les deja un margen de apreciación en cuanto a la manera de aplicar dichas disposiciones”.

tección de los datos personales no solo incluye las acciones previstas en el RGPD, sino también puede incluir otros mecanismos de protección³³. Así, es posible que cualquier Estado Miembro establezca una acción negatoria en materia de protección de datos, no siendo contrario al RGPD su inclusión en el derecho interno.

34. Según el TJUE la posibilidad de que el interesado ejerza una acción judicial preventiva tiene como sustento los objetivos perseguidos por el RGPD, en particular, los considerandos 10 y 11 del RGPD³⁴. Por un lado, el considerando 10 indica que el RGPD debe garantizar un nivel uniforme y elevado de protección de las personas físicas en el tratamiento de sus datos personales. Por su parte, el considerando 11 establece que la protección efectiva de los datos personales en la UE exige que se reforcen y especifiquen los derechos de los interesados y las obligaciones de quienes tratan y determinan el tratamiento de los datos de carácter personal³⁵.

35. En definitiva, el TJUE indica que el RGPD no prevé una acción para prohibir la reiteración de un tratamiento ilícito. No obstante, las normas del Reglamento no vetan a los Estados miembros la posibilidad de implementar dicho mecanismo. De esta forma, el establecimiento de una disposición de esta índole dependerá de lo que decida cada uno de los Estados Miembros, siendo una facultad de estos últimos su implementación o no.

5. La situación en el ordenamiento jurídico español

36. Una vez estudiado el ordenamiento jurídico español, se debe indicar que, a diferencia de lo descrito en su símil alemán, en el Código Civil no existe una norma que establezca una acción de cesación con carácter general. Aunque el Código Civil cuenta con una norma como el art. 590³⁶, la legislación española no ha establecido una regulación general ni la jurisprudencia ha desarrollado una doctrina general que sea similar a la descrita en el ordenamiento jurídico alemán³⁷.

37. En lo que refiere el ámbito de protección de datos personales, la regulación de la responsabilidad civil se caracteriza por ser escueta. En efecto, la regulación de la responsabilidad civil en el marco del RGPD se define por una marcada insuficiencia normativa. Si bien el Reglamento establece una cláusula general de responsabilidad (art. 82 del RGPD), elude concretar elementos esenciales como los criterios de imputación o los plazos de prescripción de la acción resarcitoria. En cuanto a la procedencia de la acción negatoria, el TJUE ha señalado en esta sentencia que no existen disposiciones en el RGPD que consagren un mecanismo de ese tipo.

38. La insuficiencia normativa del RGPD en este punto no solo ha sido mantenida, sino que ha sido profundizada con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD). En lo que respecta la responsabilidad civil, el legislador español, a través de la LOPDGDD, ha optado por un silencio casi absoluto, omitiendo desarrollar

³³ Esto viene a ratificar lo establecido por el TJUE en el asunto “*Lindenapothke*”, véase TJUE, asunto C-21/23, de 4 de octubre de 2024, ECLI:EU:C:2024:846 (“*Lindenapothke*”), apartados 53 a 60.

³⁴ TJUE, asunto C-655/23, de 4 de septiembre de 2025, ECLI:EU:C:2025:655 (“*Quirin Privatbank*”), ap. 49.

³⁵ En igual sentido véase la STJUE, asunto C-21/23, de 4 de octubre de 2024, ECLI:EU:C:2024:846 (“*Lindenapothke*”), ap. 61.

³⁶ El Código civil español dispone del art. 590 del Código Civil, norma que ha servido para dar tratamiento legal en caso de inmisiones a la propiedad. Esta disposición establece que nadie podrá construir cerca de una pared medianera sin guardar las distancias prescritas por los reglamentos y usos del lugar, y sin ejecutar las obras de resguardo necesarias. A falta de reglamento, la norma indica expresamente que se permite adoptar cualquier precaución que se juzgue necesaria, previo dictamen pericial, a fin de evitar todo daño a las heredades o edificios vecinos.

³⁷ Sobre la ausencia de una teoría general sobre la acción negatoria o la tutela inhibitoria, SALVADOR CODERCH y SANDIUMENGE FARRÉ, ob. cit., p. 118; LLAMAS POMBO, ob. cit., p. 98.

disposiciones específicas que integren o complementen estas lagunas³⁸. En cuanto a la acción negatoria, la LOPDGDD no indica nada sobre la posibilidad de establecer una “acción judicial preventiva” o una acción que le permita al interesado exigir la no reiteración de un tratamiento ilícito al responsable.

39. Esto resulta un fuerte contraste con lo que ocurre en otros ámbitos. En este sentido, es posible encontrar normas relativas a la tutela inhibitoria en múltiples materias. Así, por ejemplo, además de las ya mencionadas anteriormente en materia de patentes, normas de este tipo se encuentran en materias relativas al honor, la intimidad y la propia imagen³⁹, en materias de derecho de consumo⁴⁰, en materias de competencia desleal⁴¹. De hecho, a causa de esta multiplicidad de supuestos, es posible encontrar en el seno de la doctrina española propuestas de *lege ferenda* que, intentando superar el estado actual de supuestos atípicos e inconexos, preconizan la existencia de una tutela inhibitoria general y atípica que esté destinada al tratamiento de amenaza de daños⁴².

40. Esta multiplicidad de acciones de cesación distribuidas en distintas leyes del ordenamiento jurídico español podría servir, llegado el caso, para ejercer un reforzamiento en la protección de los datos personales. Como ha sido mencionado, el TJUE ha señalado que, si bien el RGPD no prevé una acción negatoria en el Capítulo VIII referido a los “Recursos, responsabilidad y sanciones”, ello no priva la posibilidad de emplear otras acciones judiciales para hacer cesar una infracción al RGPD⁴³. En efecto, tanto en el asunto *Meta Platforms Ireland*⁴⁴ como en el caso *Lindenapotheker*⁴⁵, el TJUE analizó la procedencia de acciones dirigidas a prohibir prácticas comerciales desleales derivadas de la falta de un consentimiento válido según el RGPD. En ambos supuestos, la defensa del derecho a la protección de datos personales se canalizó a través de acciones de cesación previstas en la normativa de competencia desleal, utilizando la vulneración del RGPD como argumento para fundamentar dichas protecciones.

41. A pesar de lo señalado en el párrafo anterior, es posible que existan casos donde no sea compatible la acción de cesación de una materia determinada (por ejemplo, competencia desleal o derecho al honor) con los recursos previstos en el RGPD. Es decir, no siempre una vulneración en una materia determinada conlleva una infracción a la normativa de protección de datos personales.

42. Una de las consecuencias de lo decidido por el TJUE en el asunto C-655/23 (“*Quirin Privatbank*”) es que se deja en manos de los ordenamientos nacionales materias como la procedencia y requisitos de procedencia de las acciones de cesación. Esta remisión normativa debilita la armonización pretendida por el legislador europeo y favorece una fragmentación del derecho a la protección de datos

³⁸ Sobre este punto, conviene señalar que la LOPDGDD se limita a señalar exclusivamente que, en los casos en que pueda existir responsabilidad del encargado, el responsable del tratamiento deberá responder solidariamente junto con él (art. 30.2 LOPDGDD, lo cual sigue lo establecido en el art. 82.4 del RGPD).

³⁹ El art. 9.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen señala expresamente que la tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate, estableciendo entre ellas en la letra b) aquellas destinadas a prevenir intromisiones inminentes o ulteriores.

⁴⁰ El TRLGDCU contiene en su Título V (referido a los Procedimientos judiciales y extrajudiciales de protección de los consumidores y usuarios) el capítulo que lleva por título las “Acciones de cesación” (los arts. 53 a 56 desarrollan este título). Concretamente, el art. 53 establece la acción de cesación a través de la cual es posible obtener, tanto una condena que haga cesar la conducta al demandado, como la prohibición de realizar determinadas conductas en el futuro.

⁴¹ El art. 32 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, establece que una de las acciones que existen contra los actos de competencia desleal son aquellas destinadas tanto a cesar tales conductas, así como la prohibición de su reiteración futura (art. 32.1 de la mencionada ley).

⁴² Concretamente, Llamas Pombo ha propuesto esta alternativa, definiendo a la tutela inhibitoria como “una orden o mandato dictado por la autoridad judicial, a petición de quien tiene fundado temor de sufrir un daño, o de que se produzca la repetición, continuación o agravamiento de un daño ya sufrido, y que va dirigido al sujeto que se encuentra en condiciones de evitar tal resultado dañoso, mediante la realización de una determinada conducta preventiva, o la abstención de la actividad generatriz de tal resultado”. Véase LLAMAS POMBO, ob. cit., pp. 104-105.

⁴³ TJUE, asunto C21/23, de 4 de octubre de 2024, ECLI:EU:C:2024:846 (“*Lindenapotheker*”), apartados 59 a 62.

⁴⁴ TJUE, C-319/20, de 28 de abril de 2022, ECLI:EU:C:2022:322 (“*Meta Platforms Ireland*”), ap. 79.

⁴⁵ TJUE, asunto C21/23, de 4 de octubre de 2024, ECLI:EU:C:2024:846 (“*Lindenapotheker*”), ap. 62.

entre los Estados miembros, afectando particularmente a sistemas jurídicos como el nuestro, donde no se ha previsto una acción de cesación general (como la del BGB, por ejemplo) o concreta para estos supuestos (la LOPDGDD no contiene ninguna disposición al respecto).

43. A raíz de lo descrito, sería conveniente que en una futura reforma de la LOPDGDD se integre una acción de cesación de forma expresa, para precisamente fortalecer la tutela judicial efectiva del derecho a la protección de datos personales de los interesados.

IV. ¿Influye la acción de cesación en la determinación del monto indemnizatorio?

44. Conforme al Derecho alemán y su jurisprudencia, el hecho de que la víctima de un daño extrapatrimonial haya solicitado, o incluso obtenido, una orden de abstención contra el responsable de la lesión puede ser considerado para reducir, o incluso excluir, la cuantía de la indemnización pecuniaria correspondiente⁴⁶. En otras palabras, la solicitud u obtención de un recurso preventivo se considera como una circunstancia atenuante para la determinación del resarcimiento en el ordenamiento jurídico alemán.

45. A la luz de lo expuesto, el BGH planteó como cuestión prejudicial si era posible que este criterio de valoración de los daños –y, en caso afirmativo, en qué medida– resulta aplicable en el marco del RGPD, particularmente a la luz del principio de efectividad del Derecho de la UE. Así, el BGH quería dilucidar si resultaba trasladable este criterio, asentado en el derecho interno alemán, en la aplicación del RGPD (sexta cuestión prejudicial planteada).

46. Sobre esta cuestión el TJUE indica que el resarcimiento que se persigue mediante la acción resarcitoria del art. 82 RGPD no depende de que se haya dictado en favor del interesado, en virtud del Derecho nacional aplicable, una orden que conmine a abstenerse de reiterar una infracción del RGPD. La razón para justificar su rechazo a la aplicación de este criterio propio del Derecho alemán radica en la finalidad exclusivamente compensatoria del art. 82 RGPD. Desde esta perspectiva, la acción resarcitoria debe ser diferenciada de los mecanismos preventivos, los cuales tienen una finalidad exclusivamente preventiva⁴⁷.

47. La postura del TJUE en este punto coincide con lo planteado por el Abogado General en sus conclusiones. Para este último, los objetivos perseguidos son distintos entre las dos acciones; la acción resarcitoria busca la reparación total y efectiva de los daños sufridos por el interesado, mientras que la acción judicial preventiva (de abstención o prohibición) busca que el responsable no reitere, en el futuro, un tratamiento ilícito de los datos similar al ya consumado⁴⁸.

48. Así, por un lado, la responsabilidad civil tiene en la mira los daños sufridos, de forma tal que presupone la existencia de perjuicios que ya han tenido lugar; mientras que, por otro lado, la acción de abstención tiene como finalidad evitar la reiteración de un tratamiento de datos contrario al RGPD, lo cual presupone la existencia de un riesgo cierto de que el tratamiento ilícito se reproduzca en el futuro. En consecuencia, se debe distinguir entre un remedio resarcitorio y un remedio preventivo, siendo el contenido del art. 82 RGPD exclusivamente el primero y no el segundo.

49. En lo que respecta al ordenamiento jurídico español en este punto, se debe distinguir la acción judicial preventiva o “recurso preventivo” de la acción resarcitoria. Se aprecia que el concepto de responsabilidad civil se emplea tanto en un sentido estricto como en un sentido amplio.

⁴⁶ TJUE, asunto C-655/23, de 4 de septiembre de 2025, ECLI:EU:C:2025:655 (“*Quirin Privatbank*”), ap. 75.

⁴⁷ TJUE, asunto C-655/23, de 4 de septiembre de 2025, ECLI:EU:C:2025:655 (“*Quirin Privatbank*”), ap.82.

⁴⁸ Conclusiones del Abogado General Sr. M. Campos Sánchez-Bordona, presentadas el 20 de marzo de 2025, *Quirin Privatbank*, Asunto C-655/23, ECLI:EU:C:2025:655, ap. 86.

En un sentido estricto, hay autores como Pantaleón Prieto que exponen que se debe distinguir entre las normas que regulan la responsabilidad civil y las normas que regulan la protección de los derechos absolutos y otras situaciones análogas donde estarían las acciones de cesación entre otras acciones (como las reivindicatorias o de la *condictio* por intromisión)⁴⁹.

En un sentido amplio, algunos autores han distinguido entre “responsabilidad civil” y “derecho de daños”, señalando que la primera es aquella que persigue resarcir los daños causados y la segunda, si bien integra la responsabilidad civil, tiene una dimensión más amplia dado que persigue que no se causen daños o limitar la extensión del daño. Así, por ejemplo, Llamas Pombo afirma que el moderno derecho de daños está integrado tanto por la tutela civil inhibitoria (en casos donde se busca cesar un daño que amenaza) como por la tutela resarcitoria (una vez que el daño ya se ha producido)⁵⁰. De este modo, para una parte de la doctrina el concepto de “derecho de daños” comprende también a las acciones de tutela inhibitoria (como lo son las acciones de cesación y abstención)⁵¹.

50. Independiente de la opción que se siga (ya sea en su vertiente estrecha o amplia), es fundamental diferenciar los presupuestos necesarios para la procedencia de estas figuras, así como la distinta función que persiguen tales mecanismos de tutela.

51. En cuanto a los requisitos de procedencia, se debe señalar que los requisitos de la acción resarcitoria no son los mismos que los de la acción negatoria. Las normas que rigen la responsabilidad civil tienen una estructura diferente de las normas que rigen las acciones de cesación, basándose en los distintos presupuestos que exigen para su concurrencia⁵². Así, por ejemplo, en la responsabilidad civil se exige la concurrencia de elementos como la culpa y el daño, elementos que no son considerados en las acciones de cesación⁵³.

52. En cuanto a la función, se debe señalar que mediante la acción resarcitoria se busca la compensación de un daño a costa del demandado⁵⁴. Este mecanismo se vincula con resarcir el daño que la víctima ya ha sufrido. En cambio, las acciones de cesación tienen como función principal la reintegración del estado de las cosas, se ejercen contra quien puede poner fin a la situación lesiva (también llamada perturbación) del derecho⁵⁵. En estos casos no se busca el resarcimiento de un daño, sino que se persigue la cesación o prohibición de una conducta determinada⁵⁶.

53. En suma, la doctrina española coincide con lo planteado por el TJUE en cuanto a las diferencias entre la acción judicial preventiva y la acción resarcitoria, distinguiendo entre la diversa estructura y función que poseen. Con base en estas diferencias, las acciones de cesación no influyen en la determinación monto indemnizatorio.

⁴⁹ F. PANTALEÓN PRIETO, “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las Administraciones Públicas)”, en J.A. MORENO MARTÍNEZ (coord.). *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*. Madrid, Editorial Dykinson, 2000, pp. 440 y ss.

⁵⁰ LLAMAS POMBO, ob. cit., p. 84.

⁵¹ Por ejemplo, véase YZQUIERDO TOLSADA, ob. cit., pp. 636-637.

⁵² F. PANTALEÓN PRIETO, “Comentario del artículo 1902”, C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, R. BERCOVITZ, L. Díez-PICAZO y P. SALVADOR CODERCH (eds.), *Comentario del Código Civil. Tomo II*, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1991, p. 1972; PANTALEÓN PRIETO, “Cómo repensar la responsabilidad civil...”, ob. cit., p. 440.

⁵³ A modo de ejemplo, Massaguer Fuentes explica, a propósito de las acciones de cesación en materia de patentes, que los presupuestos para que concurra la acción de cesación –ya sea en su variante cesación o prohibición– es que la infracción contravenga el ámbito de protección de un derecho de exclusiva que confiera la modalidad de propiedad industrial y que exista un riesgo de infracción. Como indica el mismo autor, la existencia de un daño no es un requisito para que proceda esta acción de cesación en cualquiera de sus variantes. Véase J. MASSAGUER FUENTES, *Acciones y procesos de infracción de derechos de propiedad industrial*, Segunda edición, Cizur Menor (Navarra), Editorial Civitas Thomson Reuters, 2020, p. 53.

⁵⁴ PANTALEÓN PRIETO, “Comentario del artículo 1902”, ob. cit., p. 1971.

⁵⁵ PANTALEÓN PRIETO, “Cómo repensar la responsabilidad civil...”, ob. cit., p. 440.

⁵⁶ Al respecto, véase SALVADOR CODERCH y SANDIUMENGE FARRÉ, ob. cit., p. 123.

V. Acerca de los daños morales a causa de la pérdida de control de los datos personales

1. Los sentimientos negativos como daño moral

54. Las pretensiones indemnizatorias derivadas de infracciones del RGPD, se vinculan principalmente a la reparación de los daños extrapatrimoniales, antes que al resarcimiento de daños patrimoniales⁵⁷. En este sentido, otro aspecto interesante que fue planteado por el BGH en este caso se refiere a si los sentimientos negativos (tales como el temor o la angustia) a causa de la pérdida de control de datos personales (en este caso se trata de la transmisión sin autorización de los datos personales del afectado) pueden comprenderse como daños extrapatrimoniales al amparo del art. 82 del RGPD (cuarta cuestión prejudicial planteada).

55. Como ha sido mencionado más arriba, el temor del demandante se fundaba en diversas razones, a saber: debido al posible reenvío de los datos a terceros que operen en el mismo sector; por el conocimiento que podría llegar a tener algunas personas de circunstancias que requieren discreción; por la deshonra a causa de la derrota en la negociación salarial y el conocimiento por terceros de este hecho. Considerando estas circunstancias, el BGH consulta si los sentimientos negativos que se derivan de ese temor (enfado, el disgusto, la infelicidad, la preocupación) pueden ser resarcidos de acuerdo con el art. 82 del RGPD.

56. Para responder la pregunta planteada por el tribunal alemán, el TJUE sostiene que dada la ausencia de remisión al derecho interno de los Estados miembros en el artículo 82.1 del RGPD, el concepto de “daños extrapatrimoniales” debe configurarse como un concepto autónomo y uniforme del Derecho de la UE, garantizando así una interpretación armonizada en todo el territorio comunitario⁵⁸. Esto viene a ratificar una idea que ya ha sido defendida por el TJUE en otras ocasiones, como por ejemplo en *Österreichische Post*⁵⁹, *Gemeinde Ummendorf*⁶⁰, *MediaMarktSaturn*⁶¹, *Agentsia po vprisvaniyata*⁶². Mediante las sentencias expuestas el TJUE ha ido defendiendo y conformando un concepto autónomo de responsabilidad civil en el art. 82 del RGPD (que también se ratifica en la decisión que es objeto de este comentario), que se caracteriza por las siguientes ideas.

57. En primer lugar, la mera infracción al RGPD no es suficiente para la procedencia de un resarcimiento en el caso concreto, siempre será necesario que adicionalmente el interesado acredite los daños que ha sufrido⁶³. En consecuencia, la sola infracción del RGPD no implica automáticamente el derecho a una indemnización, siendo indispensable acreditar la existencia de un daño efectivo y su vínculo causal con la infracción cometida⁶⁴.

58. En segundo lugar, en cuanto a los sentimientos negativos como daño moral amparado por el RGPD, el TJUE confirma su oposición a cualquier norma de derecho interno que supedita el resarcimiento a la gravedad del daño⁶⁵. Basándose en esta doctrina del TJUE, que no se considere un umbral

⁵⁷ En igual sentido se expresan J. KNETSCH, “The Compensation of Non-Pecuniary Loss in GDPR Infringement Cases.” *Journal of European Tort Law*, Vol. 13, N° 2, 2022, p. 138; S. DE CONCA y M. INFANTINO, “A difficult puzzle: the duty of care in Member States’ tort law and the GDPR”, *Datenschutz und Datensicherheit*, Vol. 48, N° 9, 2024, p. 567; CAVALLER VERGÉS, ob. cit., p. 274.

⁵⁸ TJUE, asunto C-655/23, de 4 de septiembre de 2025, ECLI:EU:C:2025:655 (“*Quirin Privatbank*”), ap. 55.

⁵⁹ TJUE, asunto C-300/21, de 4 de mayo de 2023, ECLI:EU:C:2023:370 (“*Österreichische Post AG*”), ap. 30.

⁶⁰ TJUE, asunto C-456/22, de 14 de diciembre de 2023, ECLI:EU:C:2023:988 (“*Gemeinde Ummendorf*”), ap. 15.

⁶¹ TJUE, asunto C-687/21, de 25 de enero de 2024, ECLI:EU:C:2024:72 (“*MediaMarktSaturn*”), apartado 64.

⁶² TJUE, asunto C-200/23, de 4 de octubre de 2024, ECLI:EU:C:2024:827 (“*Agentsia po vprisvaniyata*”), ap. 139.

⁶³ TJUE, asunto C-655/23, de 4 de septiembre de 2025, ECLI:EU:C:2025:655 (“*Quirin Privatbank*”), ap. 56. En igual sentido, véase TJUE, asunto C-300/21, de 4 de mayo de 2023, ECLI:EU:C:2023:370 (“*Österreichische Post AG*”), apartados 42 y 50; TJUE, asunto C-741/21, de 11 de abril de 2024, ECLI:EU:C:2024:288 (“*Juris*”), ap. 35; TJUE, asunto C-200/23, de 4 de octubre de 2024, ECLI:EU:C:2024:827 (“*Agentsia po vprisvaniyata*”), ap. 141.

⁶⁴ Sobre este punto, la sentencia pionera fue la TJUE, asunto C-300/21, de 4 de mayo de 2023, ECLI:EU:C:2023:370 (“*Österreichische Post AG*”). En España, véase STS (Sala de lo Civil) 1495/2024, de 19 de marzo de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:1495).

⁶⁵ TJUE, asunto C-655/23, de 4 de septiembre de 2025, ECLI:EU:C:2025:655 (“*Quirin Privatbank*”), ap. 58. Convi-

de gravedad para la indemnización responde a una lectura amplia y finalista del considerando 146 del RGPD⁶⁶. Desde esta perspectiva, el tribunal busca garantizar el objetivo del art. 82 del RGPD con relación a proporcionar una tutela judicial efectiva y un nivel de protección de datos de carácter personal que sea, a la vez, elevado y armónico en toda la UE⁶⁷.

59. En tercer lugar, este sistema se caracteriza por una extensa enumeración de daños indemnizables. En efecto, los considerandos 75 y 85 del RGPD establecen una lista amplia y no exhaustiva de perjuicios que pueden dar lugar a un resarcimiento. Vinculando estos daños con el caso concreto, se debe señalar que los considerandos aludidos destacan la pérdida de control sobre los datos personales, el daño a la reputación, la pérdida de confidencialidad de datos sujetos al secreto profesional como cualquier otro perjuicio social relevante que afecte la esfera de libertad e integridad del interesado⁶⁸.

60. En cuarto lugar, además de la lista amplia de daños contenida en el RGPD se deben incluir las interpretaciones jurisprudenciales que ha realizado el TJUE sobre este sistema de responsabilidad autónomo. En este sentido, se ha indicado que la mera «pérdida de control» de una persona sobre sus propios datos personales a raíz de una infracción de dicho Reglamento puede constituir un daño extrapatrimonial, aun cuando no se haya producido concretamente un uso indebido de los datos en cuestión⁶⁹. De lo expuesto se colige que el temor del interesado ante un potencial uso indebido de sus datos en el futuro, derivado de una infracción del RGPD, es suficiente para configurar por sí mismo un daño extrapatrimonial indemnizable en el sentido del artículo 82.1 del RGPD⁷⁰.

61. Habida cuenta de los razonamientos expuestos, el TJUE en este caso concluye que el concepto de “indemnización de daños extrapatrimoniales” del art. 82 del RGPD incluye los sentimientos negativos que se generan como consecuencia de la pérdida de control de datos personales por parte del responsable del tratamiento, cuestión que tendrá que acreditar el interesado⁷¹.

2. La importancia de la culpa del responsable del tratamiento en la determinación del importe de la indemnización de los daños extrapatrimoniales

62. En lo que respecta al ordenamiento jurídico alemán, se debe indicar que existen reticencias para la indemnización de los daños morales. Siguiendo a Magnus, esta reticencia se basa en su difícil valoración, la falta de un estándar objetivo y el temor a que la indemnización por sentimientos abra la

ene señalar que el TJUE también se ha manifestado en este sentido en: TJUE, asunto C-300/21, de 4 de mayo de 2023, ECLI:EU:C:2023:370 (“*Österreichische Post AG*”), apartados 46 a 51; TJUE, asunto C-456/22, de 14 de diciembre de 2023, ECLI:EU:C:2023:988 (“*Gemeinde Ummendorf*”), apartados 16 a 19; TJUE, asunto C-340/21, 14 de diciembre de 2023, ECLI:EU:C:2023:986 (“*Natsionalna agentsia za prihodite*”), ap. 78.

⁶⁶ El considerando 146 del RGPD señala, entre otras cosas, que “*El responsable o el encargado del tratamiento debe indemnizar cualesquiera daños y perjuicios que pueda sufrir una persona como consecuencia de un tratamiento en infracción del presente Reglamento*”, para luego agregar que “*Los interesados deben recibir una indemnización total y efectiva por los daños y perjuicios sufridos*”.

⁶⁷ La idea de que el art. 82 del RGPD no exige que los daños alegados por el interesado deban alcanzar un «umbral de minimis» para poder ser objeto de indemnización fue inicialmente indicada por el TJUE en el asunto C-456/22 (“*Gemeinde Ummendorf*”), apartado 18. Sobre las distintas interpretaciones acerca del umbral de gravedad, véase JANEČEK y TEIXEIRA SANTOS, ob. cit., p. 540.

⁶⁸ Véase la TJUE, asunto C-655/23, de 4 de septiembre de 2025, ECLI:EU:C:2025:655 (“*Quirin Privatbank*”), apartados 59-60 de la sentencia y los considerandos 75 y 85 del RGPD.

⁶⁹ TJUE, asunto C-340/21, 14 de diciembre de 2023, ECLI:EU:C:2023:986 (“*Natsionalna agentsia za prihodite*”), apartado 82; TJUE, asunto C-200/23, de 4 de octubre de 2024, ECLI:EU:C:2024:827 (“*Agentsia po vpsivaniyata*”), apartado 145.

⁷⁰ La sentencia pionera en este aspecto es la siguiente: TJUE, asunto C-340/21, 14 de diciembre de 2023, ECLI:EU:C:2023:986 (“*Natsionalna agentsia za prihodite*”), apartado 83. Otras decisiones del TJUE que han ratificado esta doctrina son las siguientes: TJUE, asunto C-590/22, de 20 de junio de 2024, ECLI:EU:C:2024:536 (“*PS. Dirección errónea*”), apartados 33 a 36; TJUE, asunto C-687/21, de 25 de enero de 2024, ECLI:EU:C:2024:72 (“*MediaMarktSaturn*”), apartados 66 y 67; TJUE, asunto C-200/23, de 4 de octubre de 2024, ECLI:EU:C:2024:827 (“*Agentsia po vpsivaniyata*”), apartados 143 a 145.

⁷¹ TJUE, asunto C-655/23, de 4 de septiembre de 2025, ECLI:EU:C:2025:655 (“*Quirin Privatbank*”), ap. 64.

puerta a una avalancha de demandas de daños y perjuicios injustificadas⁷². Basándose en las precauciones indicadas, por regla general en el ordenamiento jurídico alemán no se concede un resarcimiento por daños extrapatrimoniales, salvo que la ley disponga expresamente lo contrario (§ 253.1 BGB)⁷³.

63. Inicialmente, esta falta de apertura a indemnizar daños morales en Alemania ha sido superada en materia de protección de datos personales a causa del art. 82 del RGPD, el cual expresamente indemniza todos los daños patrimoniales y/o extrapatrimoniales que se producen como consecuencia de una infracción al RGPD⁷⁴. Sin embargo, en el Derecho de la UE no hay normas que concedan criterios para la determinación del monto indemnizatorio. Por tanto, le corresponde a cada Estado miembro la aplicación de las normas de derecho interno para tal efecto siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad del Derecho de la UE⁷⁵. Esto viene a confirmar una idea que ya ha sido reiterada por el TJUE en otras sentencias⁷⁶.

64. Así, por más que el art. 82 del RGPD establezca el resarcimiento de los daños extrapatrimoniales, para establecer la cuantía indemnizatoria se aplican los principios desarrollados en la doctrina alemana a causa de la interpretación del § 253 del BGB. Sobre este punto, es preciso mencionar que en el ordenamiento jurídico alemán la gravedad de la culpa del causante de los daños se utiliza como un criterio para determinar el importe del resarcimiento⁷⁷. De acuerdo con la doctrina dominante, la indemnización debe principalmente compensar (función compensatoria), pero de igual modo supone que el demandante también debe obtener satisfacción por su lesión por parte del demandado (función satisfactiva)⁷⁸. Como indica Oetker, debido a esta doble función, en el cálculo de la indemnización se tiene en cuenta, además de la intensidad y la duración de la lesión, la culpa del autor del daño⁷⁹.

65. A raíz de esta situación, el BGH consulta al TJUE si es posible que se aplique el criterio de la gravedad de la culpa para determinar la indemnización de daños extrapatrimoniales (quinta cuestión prejudicial planteada)⁸⁰. Conviene apuntar que el TJUE se ha limitado a indicar que las normas de los Estados miembros deberán aplicarse respetando los principios de equivalencia (la regulación aplicable no debe ser menos favorable que la prevista para situaciones similares reguladas por el derecho interno) y efectividad (la normativa nacional no debe hacer imposible o excesivamente difícil el ejercicio efectivo de los derechos conferidos por el RGPD) del Derecho de la UE⁸¹. A pesar de estas indicaciones, el BGH consideró que surgían dudas acerca de si el criterio mencionado (de la gravedad de la culpa) resultaba válido para determinar el monto del resarcimiento de acuerdo con el art.82 del RGPD.

⁷² U. MAGNUS, “§ 253”, en G. DANNEMANN y R. SCHULZE. *German Civil Code. Bürgerliches Gesetzbuch. Volume I: Books 1-3: §§ 1-1296*, Munich, Editorial C.H. Beck, 2020, p. 366.

⁷³ En la doctrina, véase H. OETKER, “BGB § 253 Immaterieller Schaden”, en W. KRÜGER, R. RIXECKER, H. OETKER, C. SCHUBERT, et.al (editores), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch / Band 2: Schuldrecht - Allgemeiner Teil I*, §§ 241-310, décima edición, Múnich, Editorial C.H. Beck, 2025, nm. 1 y ss.

⁷⁴ Véase K. LEWINSKI, G. RÜPKE, J. ECKHARDT, *Datenschutzrecht (3. Auflage)*, Múnich, Editorial C.H. Beck, p. 413.

⁷⁵ TJUE, asunto C-655/23, de 4 de septiembre de 2025, ECLI:EU:C:2025:655 (“*Quirin Privatbank*”), ap. 66.

⁷⁶ TJUE, asunto C-741/21, de 11 de abril de 2024, ECLI:EU:C:2024:288 (“*Juris*”), ap. 58; TJUE, asunto C-300/21, de 4 de mayo de 2023, ECLI:EU:C:2023:370 (“*Österreichische Post AG*”), ap. 54; TJUE, asunto C-667/21, de 21 de diciembre de 2023, ECLI:EU:C:2023:1022 (“*Krankenversicherung Nordrhein*”), apartados 83 y 101; TJUE, asunto C-687/21, de 25 de enero de 2024, ECLI:EU:C:2024:72 (“*MediaMarktSaturn*”), apartados 47 a 50.

⁷⁷ OETKER (2025), “BGB § 253 Immaterieller Schaden”, ob.cit., nm. 49.

⁷⁸ S. MARTENS y R. ZIMMERMANN, “13. Non-Pecuniary Damage without Harm. 2. Germany”, en B. WINIGER, H. KOZIOL, B.A KOCH, R. ZIMMERMANN (editores). *Digest of European Tort Law. Volume 2, Essential Cases on Damage*, Berlín/Boston, Editorial De Gruyter, 2011, p. 660; MAGNUS, “§ 253”, ob. cit., p. 367; STAAKE, ob.cit., p. 388.

⁷⁹ OETKER (2025), “BGB § 253 Immaterieller Schaden”, ob.cit., nm. 11. Autores como Staake destacan que la cuantía de la indemnización depende de varios factores tales como el tipo y las circunstancias de la lesión, del grado de estrés psicológico y las circunstancias personales de la víctima, pero también de la situación económica del autor del daño y del grado de culpa de este. Véase STAAKE, ob. cit., p. 388.

⁸⁰ TJUE, asunto C-655/23, de 4 de septiembre de 2025, ECLI:EU:C:2025:655 (“*Quirin Privatbank*”), ap. 67.

⁸¹ TJUE, asunto C-300/21, de 4 de mayo de 2023, ECLI:EU:C:2023:370 (“*Österreichische Post AG*”), ap. 53.

66. Al respecto, el TJUE en la sentencia C-655/23, siguiendo la misma senda de decisiones anteriores⁸², indica que la culpa es un elemento para la procedencia de la responsabilidad (la cual se presume), pero que en ningún caso sirve como criterio para la fijación del resarcimiento de daños extrapatrimoniales⁸³. Lo anterior se explica por la función exclusivamente compensatoria que cumple el art. 82 del RGPD en la normativa de protección de datos⁸⁴. De esta forma, la reparación total «total y efectiva» (considerando 146 del RGPD) no incluye las indemnizaciones punitivas. Con base en esta función compensatoria, el importe del resarcimiento está estrictamente sujeto al daño causado, resultando irrelevante para tales efectos la gravedad de la culpa del causante del daño⁸⁵. Esta postura del TJUE es coincidente con lo que ha establecido en otros asuntos con anterioridad⁸⁶.

3. Los daños morales puros en el ordenamiento jurídico español.

67. Frente a las reticencias observadas en el ordenamiento jurídico alemán, el Derecho español no presenta problemas para la indemnización de los daños extrapatrimoniales o morales, reconociendo ampliamente su indemnizabilidad⁸⁷. En materia de protección de datos, el artículo 82 del RGPD consagra el resarcimiento de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales de forma diferenciada. Esta redacción, entre otras cosas, permite fundamentar acciones basadas exclusivamente en el daño moral autónomo, eliminando el requisito de probar un daño patrimonial concurrente, lo que supone un avance significativo respecto a las limitaciones históricas de ciertos Estados miembros⁸⁸.

68. Ahora bien, de este diagnóstico no se debe colegir que cualquier daño moral sea resarcible. En otras palabras, por más que en el ordenamiento jurídico español exista una mayor apertura a resarcir los daños extrapatrimoniales, eso no significa que cualquier sentimiento negativo pueda ser indemnizable al amparo de la normativa de protección de datos personales. Por este motivo, es importante la búsqueda de criterios que permitan distinguir cuándo se está ante un daño resarcible y cuándo no. En este sentido, ya se ha manifestado la escueta regulación que existe respecto a responsabilidad civil por infracciones al derecho de protección de datos personales. Tanto el RGPD como la LOPDGDD no proporcionan criterios que permitan determinar el alcance del de los daños extrapatrimoniales. Además, cabe añadir que, en con-

⁸² TJUE, asuntos acumulados C-182/22 y C-189/22, de 20 de junio de 2024, ECLI:EU:C:2024:531 (*“Scalable Capital”*), ap. 28; TJUE, asunto C-667/21, de 21 de diciembre de 2023, ECLI:EU:C:2023:1022 (*“Krankenversicherung Nordrhein”*), ap. 103; TJUE, asunto C-687/21, de 25 de enero de 2024, ECLI:EU:C:2024:72 (*“MediaMarktSaturn”*), ap. 52.

⁸³ TJUE, asunto C-655/23, de 4 de septiembre de 2025, ECLI:EU:C:2025:655 (*“Quirin Privatbank”*), ap. 71.

⁸⁴ Respecto a la función y presupuestos de la responsabilidad civil en el ámbito de la protección de datos, véase F. OYARZÚN VARGAS, “Sobre la función, los presupuestos, el criterio de imputación y los daños resarcibles de la acción indemnizatoria del art. 82 del RGPD: Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de abril de 2024, asunto C-741/21: GP y juris GmbH”, en *Revista La Ley Unión Europea*, número 139, 2025, p. 5.

⁸⁵ Véase los apartados 72 y 73 de la TJUE, asunto C-655/23, de 4 de septiembre de 2025, ECLI:EU:C:2025:655 (*“Quirin Privatbank”*).

⁸⁶ Por ejemplo, véase las siguientes sentencias: TJUE, asunto C-300/21, de 4 de mayo de 2023, ECLI:EU:C:2023:370 (*“Österreichische Post AG”*), apartado 58; TJUE, asunto C-667/21, de 21 de diciembre de 2023, ECLI:EU:C:2023:1022 (*“Krankenversicherung Nordrhein”*), ap. 84; TJUE, asunto C-741/21, de 11 de abril de 2024, ECLI:EU:C:2024:288 (*“Juris”*), apartados 60-61; TJUE, asuntos acumulados C-182/22 y C-189/22, de 20 de junio de 2024, ECLI:EU:C:2024:531 (*“Scalable Capital”*), ap. 23; TJUE, asunto C-200/23, de 4 de octubre de 2024, ECLI:EU:C:2024:827 (*“Agentsia po vpsivaniyata”*), apartados 152-154.

⁸⁷ En el ordenamiento jurídico español, véase M. MARTÍN CASALS y J. SOLÉ FELIU, “Artículos 1902 a 1910 de las obligaciones que nacen de culpa o negligencia”, en A. DOMÍNGUEZ LUELMO (director), *Comentarios al Código Civil*, Valladolid, Editorial Lex Nova, 2010, pp. 2048 y ss; P. DEL OLMO GARCÍA, “Capítulo 2. Epígrafe 1.2. El daño extrapatrimonial”, en A. SOLER PRESAS y P. DEL OLMO GARCÍA (Coordinadores), *Practicum Daños 2019*, Cizur Menor, Editorial Thomson Reuters, pp. 202 y ss. En cuanto a los diferentes tratamientos que recibe el daño extrapatrimonial en los diversos sistemas jurídicos europeos, véase las reflexiones de R. ZIMMERMANN, “30. Comparative Report (Categories 11-13)”, en WINIGER, B. et al. (eds.), *Digest of European tort law. Volume 2: Essential Cases on Damages*, Viena, Editorial De Gruyter, 2011, pp. 706 y ss. En el ámbito de protección de datos personales, véase DE CONCA e INFANTINO, ob. cit., p. 568; KNETSCH, ob. cit., pp. 139-141.

⁸⁸ En este sentido también se manifiesta A. RUBÍ PUIG, “Daños por infracciones del derecho a la protección de datos personales el remedio indemnizatorio del artículo 82 RGPD”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, Nº 4 (octubre-diciembre), 2018, p. 74; J.M. MARTÍN FABA, “Novedades en materia de indemnización y protección de datos personales”, *Revista CESCO De Derecho De Consumo*, Nº49, 2024, p. 141; OYARZÚN VARGAS, ob. cit., p. 9.

traste con los daños patrimoniales, el resarcimiento en el caso de los daños morales resulta más complejo debido a la imposibilidad de cuantificarlos en términos económicos de forma objetiva⁸⁹.

69. Ante la ausencia de reglas comunes en el RGPD y el silencio de la LOPDGD, resulta necesario acudir a las reglas de derecho interno para la cuantificación de los daños. En este caso concreto, los sentimientos negativos generados por la pérdida de control de los datos personales se engloban dentro de la categoría de daños morales puros, la cual está reconocida en el ordenamiento jurídico español y se define como aquellos perjuicios de carácter intangible y autónomo que afectan exclusivamente la esfera emocional, psíquica o espiritual de una persona⁹⁰. Se definen por su independencia absoluta de cualquier otro daño patrimonial; es decir, son padecimientos reales (como la angustia o el sufrimiento) que no derivan de una lesión física, ni de una pérdida económica o patrimonial previa⁹¹. Sobre este tipo de daños se deben señalar algunos puntos en relación con la protección de datos personales.

70. En primer lugar, la función que cumple la indemnización en el caso de los daños morales puros. Se ha señalado antes que el resarcimiento de los daños morales resulta más complejo debido a la ausencia de criterios objetivos para su valoración. Desde esta perspectiva, surgen dudas de por qué debieran ser indemnizados estos daños. En el ordenamiento jurídico español es admitida la idea de que la función de la indemnización de los daños extrapatrimoniales es compensar el sufrimiento padecido, teniendo como objetivo generar algunas satisfacciones para neutralizar la afección sufrida. Esto significa que el dinero sirve para que la víctima obtenga agrados o bienes que alivien, en la medida de lo posible, el sentimiento de injusticia y el padecimiento sufrido. Aunque el dinero en este caso no actúe como equivalente, a diferencia de lo que ocurre en los daños patrimoniales, en este caso el resarcimiento opera como paliativo ante el dolor padecido⁹².

Uno de los problemas que surgen de considerar la satisfacción de la víctima como paliativo del dolor sufrido y la lesión de sus sentimientos para conceder un resarcimiento determinado se vincula con la función resarcitoria de la responsabilidad civil. Esto ocurre especialmente en el ámbito de los daños morales puros, donde el grado de reprochabilidad en la conducta del causante del daño –ya sea por su intención deliberada de causar daño (dolo) o por una falta de diligencia inexcusable (culpa grave)– influye directamente en la magnitud de la afectación emocional⁹³. En consecuencia, la intensidad del dolo o la negligencia termina siendo un factor determinante en la cuantificación de la indemnización, en tanto que dicha conducta agrava el perjuicio moral efectivamente sufrido.

Con base en descrito en el párrafo anterior, algunos autores han manifestado que la indemnización de daños morales puros cumple con una función punitiva de la responsabilidad civil⁹⁴. En contraste,

⁸⁹ DEL OLMO GARCÍA, “Capítulo 2. Epígrafe 1.2. El daño extrapatrimonial”, ob. cit., p. 199. Sobre este punto también véase las consideraciones que realiza Magnus respecto a los daños extrapatrimoniales en el Derecho de la Unión Europea, véase U. MAGNUS, “Compensation for non-material damage in EU enactments and in the case-law of the European Court of Justice”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 17, N.º 2, 2025, p. 12.

⁹⁰ M. MARTÍN CASALS, “La “modernización” del derecho de la responsabilidad extracontractual”, en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (Ed.), *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil. XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil A Coruña, 8 y 9 de abril de 2011*, Murcia, Editum, 2011, p. 119; P. DEL OLMO GARCÍA, Pedro, “Art. 1902”, en A. CAÑIZARES LASO (directora). *Comentarios al Código Civil. Tomo V*, Primera Edición, Valencia. Editorial Tirant Lo Blanch, 2023, p. 8446.

⁹¹ Véase C. GÓMEZ LIGÜERRE, “Capítulo I. El concepto de daño moral”, en F. GÓMEZ POMAR e I. MARÍN GARCÍA (Dirs.), *El daño moral y su cuantificación*, Tercera edición, Barcelona, Editorial, Bosch La Ley, 2023, p. 40; M.J. SANTOS MORÓN, “Reflexiones en torno a la jurisprudencia del TJUE sobre la acción indemnizatoria del art. 82 RGPD”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 16, N.º 2, 2024, p. 1412.

⁹² DEL OLMO GARCÍA, “art. 1902”, ob. cit., p. 8445; DEL OLMO GARCÍA, “Capítulo 2. Epígrafe 1.2. El daño extrapatrimonial”, ob. cit., p. 204; MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU, “Artículos 1902 a 1910 de las obligaciones que nacen de culpa o negligencia”, ob. cit., p. 2048.

⁹³ SANTOS MORÓN, ob. cit., pp. 1414-1415.

⁹⁴ De hecho, autores como Martín Faba han criticado la posición del TJUE en cuanto a la función exclusivamente resarcitoria de la acción del art. 82. Al respecto, el autor señalado ha manifestado que “*es chocante que se diga que la indemnización del artículo 82 RGPD no tiene funciones punitivas pero que se admita la indemnización por daños morales no ligados a daños materiales, indemnización que podría considerarse que tienen cierta función disuasoria*”, en MARTÍN FABA, ob. cit., p. 144.

otros autores indican que el resarcimiento de este tipo de daños es coherente con la función resarcitoria de la tutela aquiliana. Pese a que reconocen cierta aproximación a una dimensión punitiva (por la idea de que la culpa del autor incrementa el monto indemnizatorio), manifiestan que no hay contradicción si se entiende que el daño doloso o gravemente negligente genera más daños morales, es decir, la ofensa es mayor⁹⁵. Esta distinción es clave para diferenciar este aumento del resarcimiento de los “daños punitivos” propios de los sistemas jurídicos anglosajones: mientras estos últimos castigan al autor, los primeros compensan un daño real y superior derivado del reprochable comportamiento del causante del daño⁹⁶. En definitiva, este aumento no constituye un castigo al infractor, sino una compensación por la mayor ofensa (y consecuentemente el mayor daño) a los intereses del afectado⁹⁷.

71. En segundo lugar, los criterios que se pueden utilizar en el ordenamiento jurídico español para la cuantificación de los daños morales puros. Una primera alternativa sería atender los criterios que ha ido estableciendo el TJUE para la interpretación del RGPD⁹⁸. Sin embargo, considerando la ausencia de preceptos en el Derecho de la UE que proporcionen criterios para cuantificar los daños extrapatrimoniales, resulta especialmente importante valorar tanto lo establecido en la legislación nacional como lo que ha sido señalado por la jurisprudencia en España.

72. Una posibilidad de tratamiento podría ser la aplicación por analogía de los criterios que se utilizan en otras áreas del Derecho español. A diferencia de lo que ocurre en el ámbito de protección de datos, existen otras materias que sí proporcionan criterios para determinar el alcance de un daño moral en el caso concreto.

Así, por ejemplo, la última parte del art. 43.3 de Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, determina que “*En el caso de daño en el prestigio de la marca se atenderá, además, a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión en el mercado*”⁹⁹. Por su parte, el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, establece que “*La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido*”. De igual manera, el art. 140.2 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, indica que “*En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra*”.

⁹⁵ Al respecto, véase DEL OLMO GARCÍA, “Capítulo 2. Epígrafe 1.2. El daño extrapatrimonial”, ob. cit., pp. 204-205. En este punto véase también lo señalado por MARTÍN CASALS, “La “modernización” del derecho de la responsabilidad extracontractual”, ob. cit., pp. 119-120.

⁹⁶ En este razonamiento está inspirado el art. 10:301.2 de los PETL el cual, refiriéndose a los daños extrapatrimoniales, establece que “*En general, para cuantificar tales daños se tendrán en cuenta todas las circunstancias del caso, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño. El grado de culpa del causante del daño sólo se tendrá en cuenta si contribuye al daño de la víctima de modo significativo*”.

⁹⁷ Si bien escapa del objeto de este trabajo, conviene apuntar que esta distinción se refleja bien en la clasificación procedente del derecho anglosajón que distingue entre los “*aggravated damages*” y los “*punitive damages*”. En efecto, los primeros son indemnizaciones mayores porque el daño a los sentimientos de la víctima fue mayor debido a la forma humillante o maliciosa en que actuó el causante del daño (tienen un carácter compensatorio, el énfasis está en el perjuicio agravado que se indemniza a la víctima); en cambio, los segundos tienen como fin castigar al causante del daño para que no lo vuelva a hacer (tienen un carácter punitivo o ejemplarizante, el énfasis está en la conducta del causante del daño). A mayor abundamiento, véase MARKESINIS; DEAKIN; JOHNSTON, ob. cit., pp. 795-803.

⁹⁸ Por ejemplo, en el asunto “*MediaMarktSaturn*” se estableció que el criterio de que un riesgo meramente hipotético de un uso indebido por un tercero no puede dar lugar a una indemnización, lo cual puede ocurrir cuando ningún tercero ha tenido conocimiento de los datos personales de que se trate. Véase la STJUE, asunto C-687/21, de 25 de enero de 2024, ECLI:EU:C:2024:72 (“*MediaMarktSaturn*”), ap. 68.

⁹⁹ Una norma similar se encuentra en la última parte del art. 55.3 de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial, la cual establece que “*En caso de daño al prestigio del diseño se atenderá, además, a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión en el mercado de los productos infractores*”.

73. Atendidos los criterios expuestos en otros preceptos del Derecho español, se podría acudir a las circunstancias del caso (en qué condiciones se ha incumplido el mandato de seguridad establecido en el RGPD), la gravedad de la lesión (cuáles son los daños que se han sufrido) y la difusión de la vulneración (mensurar el alcance de la pérdida de datos personales). Estos criterios podrían adecuarse al ámbito de la protección de datos, así, por ejemplo, se podría considerar el tipo de dato personal afectado para valorar la gravedad de la lesión (no es lo mismo un dato sensible que otro tipo de dato, por ejemplo), el tiempo durante el cual el dato personal estuvo accesible para terceros y el número de terceros que pudieron aprovecharse de la pérdida de control de datos por parte del responsable del tratamiento para valorar la difusión en el caso concreto¹⁰⁰.

74. Por su parte, es de especial relevancia destacar que el Tribunal Supremo ha indemnizado en distintas oportunidades casos de daños morales puros, tales como supuestos de shock emocional o la angustia por el miedo a tener una enfermedad que finalmente no se materializa (casos de diagnósticos de “falsos positivos”), entre otros¹⁰¹. En particular, deben ser destacados los casos de inclusión indebida en registros de morosos, materia en la que hay sentencias que han considerado un daño moral resarcible situaciones tales como el quebranto por las gestiones que ejecutó el afectado para lograr la rectificación o cancelación de los datos incorrectamente tratados¹⁰² o el desprestigio de la imagen de solvencia personal y profesional causados por la inclusión en el registro de morosidad¹⁰³.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido proporcionando útiles pautas o criterios para determinar la procedencia y el alcance de los daños morales puros, reconociendo su existencia aun en ausencia de un daño económico tangible. Estas sentencias en materia de daños morales podrían aplicarse también al ámbito de la protección de datos, particularmente en aquellos supuestos referidos a la pérdida de control de los datos personales del interesado por parte del responsable del tratamiento.

VI. Conclusiones

75. El análisis del asunto C-655/23 (*Quirin Privatbank*) permite concluir que el sistema de protección de datos de la UE, si bien aspira a una armonización elevada, mantiene importantes márgenes de actuación para los Estados miembros en el ámbito del *private enforcement*. El TJUE ha clarificado que, aunque el RGPD no impone ni prohíbe de forma expresa la existencia de acciones judiciales preventivas en sus artículos 17 y 18, los Estados miembros están facultados para implementarlas bajo el amparo del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 79 del RGPD). No obstante, esta postura del TJUE contribuye a la fragmentación del Derecho de la Unión, ya que la existencia de este recurso dependerá de lo que esté estipulado en cada uno de los derechos internos de los Estados miembros.

En el caso español, la actual omisión de estas acciones (a causa del silencio de la LOPDGDD, lo cual contrasta con lo que ocurre en otros ámbitos del ordenamiento jurídico nacional) obliga a realizar complejas analogías con lo estipulado en otras materias que no siempre garantizarán la seguridad jurídica. Por ello, tal como se propone en este estudio, sería conveniente superar el estado actual mediante una reforma que dote a la acción de cesación de una base legal propia y expresa en nuestra normativa de protección de datos, asegurando así una tutela judicial más plena y coherente.

76. La obtención de una orden de cesación no puede actuar como circunstancia atenuante que reduzca el monto del resarcimiento. Los dos remedios tienen funciones distintas y autónomas: mientras la acción de cesación busca evitar riesgos futuros, la acción resarcitoria tiene como único fin compensar

¹⁰⁰ Véase los criterios que señala MARTÍN FABA, ob. cit., p. 141.

¹⁰¹ Véase la jurisprudencia citada en MARTÍN CASALS, “La “modernización” del derecho de la responsabilidad extracontractual”, ob. cit., p. 119; DEL OLMO GARCÍA, “art. 1902”, ob. cit., p. 8446; DEL OLMO GARCÍA, “Capítulo 2. Epígrafe 1.2. El daño extrapatrimonial”, ob. cit., p. 203.

¹⁰² Véase la STS (Sala de lo Civil) 1645/2017, de 26 abril de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:1645) y la STS (Sala de lo Civil) 989/2023, de 20 febrero de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:989).

¹⁰³ A modo de ejemplo, véase la STS (Sala de lo Civil) 557/2015, de 18 febrero de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:557).

los daños patrimoniales y extrapatrimoniales sufridos (en este caso, los daños morales puros a causa de la pérdida de control de los datos personales). Esta distinción está plenamente asentada en el ordenamiento jurídico español, donde existe consenso sobre la diversa estructura y función de la acción de cesación frente a la acción resarcitoria.

77. En el ámbito de la responsabilidad civil, a partir de esta sentencia se sigue consolidando la interpretación del daño extrapatrimonial como un concepto autónomo y uniforme del Derecho de la UE, lo que impide, entre otras cosas, que los ordenamientos nacionales supediten el resarcimiento a la superación de un umbral mínimo de gravedad. Bajo esta premisa, los “daños morales puros”, tales como el temor, la angustia o el enfado derivados de la pérdida de control de la información personal, son suficientes por sí mismos para generar un derecho a la indemnización, siempre que el interesado logre acreditar su existencia.

78. Asimismo, es fundamental destacar que la función de la indemnización prevista en el RGPD es estrictamente compensatoria y no punitiva. El importe del resarcimiento debe orientarse a la reparación total y efectiva del daño sufrido, lo que implica que la gravedad de la culpa del responsable del tratamiento no debe influir en la fijación de la cuantía económica. Tratándose de daños morales puros derivados de la pérdida de control de los datos personales, la responsabilidad civil mantiene su naturaleza esencialmente resarcitoria a través de una función de satisfacción. Desde este punto de vista, la indemnización no debe interpretarse como una sanción impuesta al responsable, sino como el remedio reparador destinado a proporcionar al perjudicado un bienestar equivalente al daño extrapatrimonial sufrido. En definitiva, el resarcimiento de los daños morales no persigue una finalidad punitiva, sino que busca restaurar el equilibrio anímico del interesado, confirmando que la reparación de este tipo de daños se integra plenamente en la lógica indemnizatoria del sistema de protección de datos.

79. Finalmente, la ausencia de reglas de cuantificación específicas en el marco comunitario obliga a los tribunales españoles a recurrir a criterios de valoración consolidados en otras áreas del derecho interno. Para asegurar una tutela efectiva, la determinación del monto indemnizatorio debe atender a factores objetivos como la sensibilidad de los datos afectados, la duración de la exposición ilícita y el grado de difusión del tratamiento indebido. En definitiva, el fortalecimiento de la tutela judicial en esta materia exige reconocer la independencia y acumulabilidad de las acciones preventivas y resarcitorias, garantizando que el interesado reciba una protección integral frente a las vulneraciones de su esfera personal.

El papel de los árbitros en el contexto internacional. Perspectiva española a través de la jurisprudencia

The Role of Arbitrators in the International Context. The Spanish Perspective through Case Law

MARÍA INMACULADA RODRÍGUEZ ROBLERO

Profesora Titular de Derecho Mercantil

Universidad Internacional de la Rioja

ORCID ID: 0000-0002-3070-7774

Recibido: 25.11.2025 / Aceptado: 16.01.2026

DOI: 10.20318/cdt.2026.10297

El arbitraje vale lo que vale el árbitro

Frédéric Eisemann

Resumen: En este trabajo se estudia el arbitraje como institución jurídica en el contexto español, a través del análisis jurisprudencial. Para ello se establecen los límites de la arbitrabilidad, quién es el árbitro y cuáles requisitos debe reunir; cómo se debe comportar y dirigir el procedimiento; así como las responsabilidades que su tarea conlleva. Asimismo, se mencionan los tipos de arbitraje, con especial referencia al arbitraje institucional y sus ventajas para la correcta y eficiente resolución de la controversia.

Palabras clave: arbitrabilidad, árbitro, imparcialidad, independencia, procedimiento, Inteligencia Artificial

Abstract: This paper analyses arbitration as a legal institution in the Spanish context, through an assessment of case law. To this end, it examines what arbitrability is, who the arbitrator is and what requirements they must meet; how they should conduct themselves and manage the proceedings; and the responsibilities that their task entails. It also mentions the types of arbitration, with special mention of institutional arbitration and its advantages for the correct and efficient resolution of disputes.

Keywords: arbitrability, arbitrator, impartiality, independence, procedure, Artificial Intelligence

Sumario: I. Introducción: la arbitrabilidad. II. Concepto de árbitro. 1. Selección y nombramiento del/los árbitro/s. 2. Tipos de arbitraje: especial referencia al arbitraje institucional privado. III. Obligaciones y responsabilidad de los árbitros en la conducción de los procedimientos. 1. Los principios de independencia e imparcialidad como garantía de eficacia del arbitraje. 2. El Principio de *Kompetenz-Kompetenz* como fundamento del arbitraje y alternativa a la vía judicial. 3. La ética y la Inteligencia Artificial en el desempeño de la labor arbitral. III. Conclusiones.

I. Introducción: la arbitrabilidad

¹. En España contamos con la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante LA)¹, reformada en 2011 (Ley 11/2011, de 20 de mayo)² y que constituyó un verdadero avance en la regulación de la materia, al adaptar nuestra normativa a la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (en adelante CNUDMI)³. En ella, el legislador intentó darle al arbitraje el lugar tan pretendido por la doctrina y la práctica en los años anteriores; ya que en ese momento aún existían ciertas reticencias con respecto a lo que podía o no ser materia de libre disposición, y por tanto materia arbitrable. Es una Ley de Arbitraje monista, es decir, en la misma normativa se regula tanto el arbitraje nacional como internacional⁴.

2. La materia que se puede someter a arbitraje es aquella que sea “materia de libre disposición conforme a derecho” (Art. 2.1 LA). Y cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado, una sociedad u organización controlada por el Estado, “esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral” (Art. 2.2 LA)⁵.

3. Esto precisamente, a modo de ejemplo, es lo que recientemente ha confirmado la Orden del 30 de septiembre de la jueza *Tanya S. Chutkan*, del Distrito de Columbia de Estados Unidos, en que condena a España al cumplimiento del Laudo dictado en la Corte Internacional de Arreglos de Diferencias relativas a Inversiones (en adelante CIADI), a favor de *NextEra Energy*, quien había invertido alrededor de 750 millones de euros en plantas termosolares y se vio perjudicada por los recortes en las primas renovables⁶. En dicho procedimiento se discutió el tema de la arbitrabilidad, y cómo los Estados tienen la capacidad de someter sus conflictos a arbitraje en materia de inversiones cuando expresamente suscriban una cláusula arbitral⁷.

4. Brevemente merece la pena recordar que estas disputas tienen su origen en el Real Decreto 661/2007, por el que se regula la energía eléctrica y se otorgaban primas de 7% a las empresas energéticas que invirtieran en nuestro país⁸; las cuales luego fueron modificadas en el año 2010⁹.

¹ Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje.

² Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado.

³ CNUDMI, Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006, disponible en: [07-87001_S_main_mm.indd](#)

⁴ J. CHILLÓN MEDINA, “Visión del arbitraje internacional: de la regulación unitaria a la consideración de un ordenamiento singular”, en *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos: Perspectiva Multidisciplinar*, dir. M. GONZALO QUIROGA, Universidad Rey Juan Carlos, Editorial Dykinson, Madrid, 2006, p. 257; J. XIOL RÍOS, “El arbitraje y los Tribunales de justicia”, en *La Notaría. Especial Derecho Privado y Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, nº 47-48, *Collegi de Notaris de Catalunya*, Barcelona, 2007, p. 71; L. CUCARELLA GALIANA, *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)*, Publicaciones del Real Colegio de España Bolonia, *Studia Albornotiana*, dir. E. VERDERA Y TUELLS, LXXXVII, Zaragoza, 2004, pp. 28 y ss.

⁵ Como ejemplo de esta última afirmación se podría citar algo que constantemente está siendo objeto de noticias, en las que se informa sobre laudos en contra de España por las primas a las renovables. A octubre de 2025 España acumula 26 laudos impagados, con indemnizaciones que superan los 1492 millones de euros, por la modificación de la normativa en la que se garantizaba una rentabilidad fija del 7% durante su vida útil a las empresas renovables, mientras que los tipos de interés del BCE estaban al 0,25%. INTERECONOMÍA, “España pierde otro laudo en EEUU por las primas a las renovables”, *Empresas*, 23 de septiembre 2025, disponible en: [Radio Intereconomía](#)

⁶ J., DE LAS CASAS, “España deberá pagar 290 millos por el mayor laudo renovable. Un tribunal confirma el laudo favorable a *NextEra*, el más cuantioso contra España”, en *Expansión*, p. GO10, disponible en: [MyNews: La hemeroteca digital de prensa española](#)

⁷ Case # 2038658, *NextEra Energy Global Holdings B.V. et al., v. Kingdom of Spain, in the United State Court of Appeals for the District of Columbia Circuit (Oral Argument Scheduled for February 28, 2024)*, disponible en: [italaw182493.pdf](#), p.30.

⁸ Disponible en: [BOE-A-2007-10556 Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.](#)

⁹ FUNDEEN, “Primas a las renovables, la cronología”, disponible en: [Primas a las renovables, la cronología | Blog de Fundeen](#)

5. España argumenta -una y otra vez- que la inmunidad soberana impide las acciones porque no existía un acuerdo de arbitraje válido entre ella y los inversores. Cita las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), entre otras *Achmea*¹⁰ o *Komstroy*¹¹, en las que se sostiene que, en virtud del Derecho de la Unión, los Estados miembros no podían celebrar legalmente acuerdos de arbitraje que permitieran a los tribunales arbitrales resolver controversias entre un Estado miembro y un inversor de otro Estado miembro, ya que los Estados miembros están obligados, en todos los ámbitos del Derecho de la Unión, a respetar el principio de confianza mutua, lo que incluye el acceso a un recurso efectivo y al juez natural¹²; y que, además, se considerarían ayudas estatales incompatibles con el ordenamiento jurídico comunitario¹³.

6. Los inversores, en el Caso *NextEra* sostienen que el Tribunal de Distrito no podía examinar la cuestión de la arbitrabilidad, porque los tribunales arbitrales habían concluido que existía un acuerdo de arbitraje válido. Además, solicitaron, que prohibiera a España, proseguir con las acciones legales en curso ante los tribunales neerlandeses y luxemburgueses que pretendían impedir sus esfuerzos por confirmar los laudos arbitrales en este caso¹⁴.

7. Este es uno de los muchos ejemplos recientes en que los tribunales americanos y de otras jurisdicciones, como por ejemplo la australiana¹⁵, dan plena validez a los laudos dictados por CIADI, ya que España en el momento de la aprobación de las primas, y de su posterior supresión retroactiva, era integrante del Tratado de la Carta de la Energía (en adelante el Tratado). Por tanto, “los laudos «pecuniarios» dictados conforme al Convenio del CIADI «se ejecutarán y gozarán de la misma plena fe y crédito que si se tratara de una sentencia firme de un tribunal de jurisdicción general de uno de los Estados»”¹⁶, conforme al artículo 26.8 del Tratado¹⁷. Y es importante puntualizar el elemento temporal, ya que recientemente, en septiembre del 2025, el Parlamento Europeo y el Consejo han adoptado la Decisión (UE) 2025/1904 (DO L 19.9.2025), por la que la Unión aprueba el Acuerdo sobre la interpretación y aplicación del Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE) en las relaciones intra-UE, por

¹⁰ *Slowakische Republik v Achmea BV.*, C-284/16, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 6 March 2018, ECLI identifier: ECLI:EU:C:2018:158, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62016CJ0284>. Recientemente el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, con fecha del 31 de julio de 2025, ha afirmado que la doctrina *Achmea* no se extiende automáticamente a los Tratados con terceros Estados, a raíz de un Recurso de Amparo Constitucional interpuesto por la India contra una decisión del Tribunal Supremo Federal alemán que había ejecutado parcialmente un laudo (*UNCITRAL PCA Case No. 2014-10*) dictado bajo el APPRI Alemania-India. BUNDESVERFASSUNGSGERICHT - 2 BvR 85/24, *In dem Verfahren über die Verfassungsbeschwerde vertreten durch die Staatspräsidentin Droupadi Murmu, Rashtrapati Bhavan, President's Estate, New Delhi, Delhi 110004, Indien, - Bevollmächtigte: (...) - gegen den Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 12. Oktober 2023 - I ZB 12/23*, Disponible en: https://fernandezrozas.com/wp-content/uploads/2025/11/rk20250731_2bvr008524.pdf

¹¹ *République de Moldavie v Komstroy LLC.*, C-741/19, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 2 September 2021, ECLI identifier: ECLI:EU:C:2021:655, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62019CJ0741>

¹² Ver TJUE, Dictamen 2/13, 18.12.2014, apartado 191; *Donnellan*, 26.04.2018, C-34/17, apartados 40 y 45; Dictamen 1/17, CETA, 30.04.2019, apartado 128, citados en BUNDESVERFASSUNGSGERICHT - 2 BvR 85/24, op.cit., apartado 35, p. 13/17.

¹³ Entre otros, la Decisión de la Comisión en el Asunto *Antin*, en la que considera que de ejecutar los laudos se producirían ayudas estatales incompatibles con la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión, disponible en: [Competition case search](#)

¹⁴ Case # 2038658, *NextEra Energy Global Holdings B.V. et al., v. Kingdom of Spain*, op.cit., p. 7.

¹⁵ *Blasket Renewable Investments LLC v Kingdom of Spain [2025] FCA 1028*, disponible en: https://jusmundi.com/en/document/decision/en-nextera-energy-global-holdings-b-v-and-nextera-energy-spain-holdings-b-v-v-kingdom-of-spain-judgment-of-the-federal-court-of-australia-2025-fca-1028-friday-29th-august-2025#decision_83253

¹⁶ U.MEZCUA, “Séptimo varapalo judicial en EE.UU. a España: la factura solo por los impagos de Teresa Ribera ronda los 415 millones”, en *El Debate*, 04/11/2025, disponible en: https://www.eldebate-com.cdn.ampproject.org/c/s/www.eldebate.com/economia/20251104/septimo-varapalo-judicial-eeuu-espana-factura-solo-impagos-teresa-ribera-ronda-415-millones_351266_amp.html

¹⁷ El artículo 26.8 del Tratado de la Carta de la Energía dice: “8. Los laudos arbitrales, que pueden incluir laudos de intereses, serán firmes y vinculantes para las partes en litigio. Los laudos arbitrales relativos a una medida de un gobierno o autoridad de rango inferior de la Parte Contratante litigante deberán dar a la Parte Contratante la opción de indemnizar pecuniariamente en lugar de cualquier otra reparación. Las Partes Contratantes deberán ejecutar sin demora los laudos, y adoptar las medidas necesarias para que se imponga el efectivo cumplimiento de éstos en su territorio”.

la que se determina que el artículo 26 del Tratado no es una base jurídica válida para iniciar arbitrajes inversor-Estado entre un inversor de un Estado miembro y otro Estado miembro o la propia Unión¹⁸.

8. Esta Decisión reafirma el Derecho de la Unión como norma de Derecho internacional que rige los conflictos de normas en sus relaciones mutuas, de modo que, en cualquier caso, el artículo 26 del Tratado sobre la Carta de la Energía no puede servir como base para los procedimientos de arbitraje en el interior de la Unión. Así como que los laudos que se dicten “no pueden producir efectos jurídicos y el pago de una indemnización a raíz de tales laudos no puede ejecutarse”¹⁹. Este Acuerdo entró en vigor el 30 de septiembre de 2025 (a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea).

9. Con este ejemplo, real y tan actual, vemos como en España, será arbitrable todo aquello que no contraría las normas de orden público, las normas imperativas y siempre que se actúe conforme a la ética o la buena fe, por lo que tendremos que estar a lo que dicten la Constitución²⁰, las normas comunitarias²¹, las normas imperativas y los artículos 6, 7 y 1258 del Código Civil.

10. En primer lugar, no se podrán contrariar las normas de orden público. En este sentido la jurisprudencia define el orden público material como: “el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada (SSTC 15/1987, de 11 febrero; 116/1988, de 20 junio, y 54/1989, de 23 febrero), y, desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal, y solo el arbitraje que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público, concluyendo en que: ‘... el orden público comprende los derechos fundamentales y las libertades garantizados por la Constitución, así como otros principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente’”²².

11. Podríamos especificar en este punto, que el legislador ha excluido por la materia, asuntos tales como la adopción de medidas de apoyo a personas con discapacidad (Art. 756 LEC), o temas en donde está en juego la soberanía estatal (Art. 1 Constitución Española); pero, en principio, todo lo que se pueda entender como materia patrimonial será materia arbitrable.

12. En segundo lugar, en cuanto a las normas imperativas, serán aquellas que, a diferencia de las normas de orden público, pretenden excluir determinadas materias del arbitraje, por considerar que el arbitraje no es la vía óptima para su resolución, y se reserva a los tribunales estatales. Por ejemplo, tendríamos en este caso el cambio normativo que fue necesario en 2011 para eliminar los recelos que aún persistían en determinados sectores hacia el arbitraje societario, específicamente en materia de impugnación de acuerdos sociales²³. Con la inclusión de los artículos 11 *bis* y 11 *ter* LA, esos límites de las normas imperativas se superan y ahora sí se considera materia arbitrable²⁴.

¹⁸ J.C., FERNÁNDEZ ROZAS, “Aprobación por la Unión Europea del Acuerdo sobre la interpretación y aplicación del Tratado sobre la Carta de la Energía (19 septiembre 2025)”, en: *El blog de José Carlos Fernández Rozas*, 19/09/2025, disponible en: <https://fernandezrozazas.com/2025/09/19/aprobacion-por-la-union-europea-del-acuerdo-sobre-la-interpretacion-y-aplicacion-del-tratado-sobre-la-carta-de-la-energia-19-septiembre-2025/>

¹⁹ DECISIÓN (UE) 2025/1904 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 10 de septiembre de 2025 sobre la aprobación por la Unión del Acuerdo sobre la interpretación y aplicación del Tratado sobre la Carta de la Energía, disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202501904

²⁰ Artículo 9.1 Constitución Española.

²¹ Artículo 4 bis Ley Orgánica del Poder Judicial.

²² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal de Barcelona, nº 7/2022, STSJ CAT 5336/2023 - ECLI:ES:TSJCAT:2023:5336, disponible en: [STSJ CAT 5336/2023 - ECLI:ES:TSJCAT:2023:5336 - Poder Judicial](https://www.poderjudicial.es/stsj/cat/contenidos/2023/05/23/STSJ%20CAT%205336%202023)

²³ Ver por ejemplo el Auto de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección Segunda, de 24 de junio de 2024, nº 77/2024, AAP CR 869/2024 - ECLI:ES:APCR:2024:869, disponible en: <https://fernandezrozazas.com/wp-content/uploads/2024/12/Arbitraje-AAP-Ciudad-Real-2a-24-junio-2024.pdf>, en la que aún se planteaba la arbitrabilidad de la materia societaria.

²⁴ M.I. RODRÍGUEZ ROBLERO, “El arbitraje societario en España a 10 años de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado”, en: *La Ley: Mediación y Arbitraje* n18, julio-septiembre 2021, Wolters Kluwer, p.5.

13. Otro ejemplo de normas imperativas que son un límite de la arbitrabilidad lo encontramos en materia de competencia desleal, cuando concurren materia contractual y que también deban intervenir los poderes públicos con sus “Órganos de Policía”²⁵. En tal caso, el árbitro se limitará a resolver el conflicto contractual, dejando a las autoridades la aplicación de sanciones por los posibles ilícitos que se pudieran haber causado, ya que como es sabido por todos, una cosa son los límites que se puedan establecer mediante una norma imperativa, y otra que las normas imperativas son de obligado cumplimiento tanto por los jueces, como por los árbitros²⁶.

14. Y, por último, como referente que debe guiar todas las etapas del procedimiento, -desde la negociación contractual de las partes, el desarrollo del arbitraje, hasta su ejecución-, deberá estar presente la buena fe o la ética, según se quiera llamar²⁷.

15. Así, también, esta buena fe se ve reflejada en el arbitraje, como en distintas asociaciones profesionales a la que los árbitros pertenecen. Como, por ejemplo, sería el *Chartered Institute of Arbitrators* (en adelante, CI Arb), quien se encarga de acreditar a nivel internacional, formar y vigilar que cumplan una serie de estándares en esta materia, y cuenta con un Código de Conducta, que sus agremiados deben de conocer y aplicar en su práctica profesional, como una serie de conductas y principios morales acordes con su deber²⁸.

16. Tal y como se mencionaba, se presume y se espera que las partes se comporten bajo unos estándares de buena fe en la forma en que presentan sus escritos, sin entregarlos, por ejemplo, en formatos inservibles, o en copias desordenadas o con hojas faltantes; en cómo se dirigen al tribunal, con respeto, a tiempo y guardando las formas establecidas por la costumbre y la cortesía; colaborando con éste y ejecutando lo que el árbitro decida²⁹. Además, sin buscar sacar un provecho no esperado por la normativa, las costumbres o el buen hacer, o como el mismo Código Civil en su artículo 7.2 establece expresamente que “la Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo”³⁰.

17. Podemos citar como ejemplo un caso reciente en el que se anula un Laudo y se condena en costas a la parte demandante por intentar interponer la demanda de arbitraje, conociendo fehacientemente que los demandados estaban de vacaciones de verano en la última semana de julio, habiéndolo avisado con antelación la parte demandada. Los demandantes aportaron al procedimiento para su continuación los justificantes de la empresa de mensajería en los que se hacía constar los intentos de entrega

²⁵ En este sentido Sentencia del Tribunal Superior de Madrid, nº 5272021, STSJ M 7342/2022 - ECLI:ES:TSJM:2022:7342, disponible en: [STSJ M 7342/2022 - ECLI:ES:TSJM:2022:7342 - Poder Judicial](#), al afirmar que: “En tales términos, la potestad de los árbitros para aplicar las normas imperativas de Derecho de la competencia en el seno de disputas contractuales cubiertas por el convenio arbitral resulta a estas alturas incontrovertible.» Tal decisión la adoptaba el tribunal arbitral conforme a la Jurisprudencia de nuestros tribunales, como es la adoptada en el AAP Madrid de 25 septiembre de 2015. De igual forma, en su parágrafo 124 concluía que «En tales condiciones no es posible en este momento del procedimiento arbitral dejar de ejercer la competencia arbitral sobre todo el conjunto contractual, porque tanto los Tribunales, si no hay cláusula arbitral, como los Árbitros si la hubiere -y este es el caso- tienen plena capacidad para evaluar e interpretar esos contratos y sus denunciados incumplimientos en cuanto a las relaciones entre partes sin perjuicio de las competencias públicas atribuidas a los Órganos de Policía de la materia competencial».

²⁶ Por ejemplo, en el caso de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Civil y Penal de Murcia, nº 7/2021, STSJ MU 389/2022 - ECLI:ES:TSJMU:2022:389, disponible en: [STSJ MU 389/2022 - ECLI:ES:TSJMU:2022:389 - Poder Judicial](#), en que se anula en laudo, ya que hay una vulneración del orden público procesal, por intervención e inicio del procedimiento por quien carece de representación legal y sin que conste autorización de la administración concursal para iniciar el mismo.

²⁷ En este sentido ver el artículo 1: 201 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos: “(1) Cada parte tiene la obligación la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe. (”) Las partes no pueden excluir este deber ni limitarlo”.

²⁸ Por ejemplo, CIARB, *The Chartered Institute of Arbitrators Code of Professional and Ethical Conduct for Members*, London, 2022, disponibles en: [5-ciarb-code-of-professional-and-ethical-conduct-for-members.pdf](#)

²⁹ Por ejemplo, en el artículo 20.6 del Reglamento de la Corte de Arbitraje del ICAM se dice: “Todos aquéllos que participen en el procedimiento arbitral actuarán conforme a los principios de confidencialidad y buena fe”. En el mismo sentido: *Part 2. Rule 1 CI Arb Code of Professional and Ethical Conduct for Members*, op.cit., p. 4.

³⁰ Se prohíbe expresamente el abuso del derecho y se exige y presume la buena fe. Artículos 6 y 7 Código Civil.

de la demanda. El Tribunal anula el Laudo y condena en costas, por la evidente mala fe, ya que han entorpecido el procedimiento y han impedido que la otra parte pudiera hacer valer sus derechos³¹.

18. Por otra parte, la normativa también fomenta la confianza mutua y la eficiencia procedimental. En el artículo 6 de la Ley de Arbitraje, las partes renuncian de forma tácita a impugnar cualquier infracción de alguna norma dispositiva o del convenio arbitral, si no lo hacen dentro del plazo previsto para ello, o tan pronto como les sea posible³². Esto queda perfectamente reflejado en el caso de un contrato de comisión mercantil para la venta de aviones a Ghana, en el que el comisionista declinó voluntariamente a permanecer en el procedimiento arbitral y posteriormente planteó ante la Sala la nulidad del laudo. La Sala le achaca que “no es de recibo que ahora solicite la nulidad del laudo a propósito de este punto concreto, sobre el que no nos consta qué actividad probatoria pudo desarrollar en el seno del procedimiento arbitral, dando oportunidad a la parte contraria para contradecir -en su caso- la línea de defensa que hubiera podido llevar a la práctica -insistimos- en sede del debate arbitral”³³.

19. Y, siguiendo con el ejemplo de las renovables, ahora el Tribunal Federal Suizo, en el recurso de anulación del laudo hace un análisis pormenorizado de la actuación esperada por las partes en la interpretación de los Tratados, en concreto del Tratado de la Carta de la Energía, y dice: “como todo tratado, el TCE debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin (artículo 31.1 TCE). Además, el principio de buena fe está estrechamente vinculado a la regla del *effet utile*, aunque esta última no se mencione expresamente en el art. 31 TCE. Por consiguiente, el intérprete debe

³¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Civil y Penal, STSJ M 10333/2025 - ECLI:ES:TSJM:2025:10333, disponible en: [STSJ M 10333/2025 - ECLI:ES:TSJM:2025:10333 - Poder Judicial](#)

³² Los reglamentos de las diversas Cortes arbitrales también han optado por seguir esta renuncia tácita a impugnar en aras de la eficiencia. Así el artículo 22 del Reglamento de la Corte de Arbitraje del ICAM dice: “Si una parte, conociendo la infracción de alguna norma de este Reglamento, siguiera adelante con el arbitraje sin denunciar prontamente dicha infracción, se considerará que renuncia a su impugnación”.

³³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, nº 65/2023, STSJ M 5322/2024 - ECLI:ES:TSJM:2024:5322, disponible en: [STSJ M 5322/2024 - ECLI:ES:TSJM:2024:5322 - Poder Judicial](#) Esta misma sentencia es de sumo interés, ya que resume la doctrina sobre las distintas posibilidades de extensión de un convenio arbitral a un tercero no firmante como sigue: “También hay que tener en cuenta la extensión de la cláusula arbitral a terceros, conforme a la Jurisprudencia, mediante la aplicación de los principios de la buena fe y del abuso del derecho, y así nos encontramos con distintas teorías: 1ª La del levantamiento del velo, cuya base no es el consentimiento de las partes, sino la extensión subjetiva, basada en el principio de buena fe; una parte que controla una entidad, no se puede refugiar bajo la forma jurídica de dicha entidad separada cuando en realidad utiliza dicha forma de manera abusiva, para eludir o limitar la responsabilidad. 2ª La teoría de los actos propios, que implica que una parte que no ha firmado un contrato que contiene una cláusula arbitral, pero que ejercita derechos con base en el mismo, no puede luego pretender que no está sujeta la cláusula arbitral contenida en dicho contrato. Por otro lado, la cláusula arbitral se puede extender a terceros en base al consentimiento, por referencia, o mediante un consentimiento implícito, basado en la apariencia creada. (STJCV 13/2015, de 5 de mayo, SSAPM de 17 noviembre de 2005 y 15 de octubre de 2010). Es axioma incontrovertido que la interpretación extensiva de la cláusula arbitral -a personas físicas o jurídicas que reconocidamente no la han suscrito o a situaciones o ámbitos de aplicación no comprendidos claramente en ella- ha de estar sólidamente sustentada, lo que no excluye su emisión tácita, deducida de actos concluyentes. Esta Sala también ha dicho, entre otras, en su Sentencia 68/2014, de 16 de diciembre (FJ 4) [Roj: STSJ M 15736/2014], que nos hallamos ante una cuestión en según qué casos muy discutida. No se puede ignorar que, en ocasiones, el Tribunal Supremo ha negado la llamada extensión o transmisión del convenio arbitral a quienes no lo han suscrito. Así, por ejemplo, la STS de 27 de mayo de 2007 (ROJ STS 4499/2007), en que la Sala Primera no ha permitido extender la cláusula arbitral que prevén los Estatutos de una Comunidad para dirimir las controversias entre comuneros a las reclamaciones de éstos contra la Comunidad o de aquellas contra éstos; o también la STS de 11 de diciembre de 2010 (ROJ STS 1669/2010), que tampoco ha autorizado la extensión de la cláusula arbitral firmada por la empresa a su administrador, demandado junto con la empresa en su calidad 7 JURISPRUDENCIA de tal. Distintamente, en el supuesto resuelto por la STS de 26 de mayo de 2005 (ROJ STS 3403/2005), la Sala Primera expresamente admitió la extensión o transmisión del convenio arbitral a tercero que no lo ha suscrito, pero que está directamente implicado en la ejecución del contrato. Son muy ilustrativas, en este sentido, las siguientes palabras del FJ 1 de la citada STS 26.5.2005: “La presente cuestión se centra en el área a la que moderna doctrina científica denomina ‘transmisión del convenio arbitral’, y que estudia el tema de si un contrato concede derechos a un tercero, éste está vinculado por la cláusula arbitral contenida en el contrato. Permitiendo esta figura introducir en el campo de aplicación del mismo litigio a partes que no firmaron el contrato”.

elegir, entre varios significados posibles, aquel que permita la aplicación efectiva de la cláusula cuyo sentido se busca, evitando al mismo tiempo un significado que contradiga la letra o el espíritu del tratado (BGE 141 III 495, apartado 3.5.1 y la referencia citada). En virtud del artículo 26.3.a) del TCE, «cada parte contratante da su consentimiento incondicional al sometimiento de cualquier controversia a arbitraje», sin perjuicio de los casos contemplados en el artículo 26.3.b) y c) del TCE. Interpretado de buena fe, el término «incondicional» significa que el consentimiento al arbitraje se expresa sin la menor reserva y es, por tanto, ilimitado. (...) El claro tenor literal del art. 26.3.a) TCE pone de manifiesto, por tanto, que el Estado recurrente, vinculado por dicho Tratado, ha dado su consentimiento incondicional a que un inversor situado en otro Estado parte del TCE, como el demandado, pueda someter a arbitraje cualquier controversia relativa a una inversión realizada en su territorio y relativa a un supuesto incumplimiento de una obligación contemplada en la Parte III del TCE, sin perjuicio de las excepciones mencionadas en el art. 26.3.b) y c) TCE. Nada en el texto del art. 26 TCE sugiere que el alcance del «consentimiento incondicional» al arbitraje esté sujeto a otros límites y no cubra, de hecho, los litigios de naturaleza intraeuropea³⁴.

20. Llegados a este punto se puede realizar la pregunta sobre ¿qué hacer entonces con estas controversias que están afectando a España y existe un aparente conflicto de normas al respecto? Pues ya hay algún precedente. Se está planteando la salida negociada entre España y las empresas afectadas. España ya ha realizado una negociación con la empresa JGC, empresa japonesa a la que le ha pagado una indemnización de 32 millones de euros. Este es el primer y único pago efectuado hasta el momento por España a raíz de los arbitrajes de renovables³⁵.

Así, a modo de ejemplo, en España se permite el arbitraje para resolver conflictos societarios, conflictos en materia de propiedad industrial e intelectual, derecho de la competencia, derecho de consumo, en el ámbito nacional, internacional, de inversiones, etc.³⁶; siempre que se trate de cuestiones disponibles, con base en el artículo 10 de la Constitución Española y dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes³⁷.

II. Concepto de árbitro

21. El árbitro es una persona física, privada³⁸, en pleno ejercicio de sus derechos civiles, libremente escogido por las partes, de buena fe, para dirimir un conflicto concreto, entre unas partes específicas (Art. 13 LA). Se elige por sus propias cualidades personales y profesionales, técnicas, académicas y competenciales; las cuales precisamente se pretende que ponga al servicio de la resolución del conflicto³⁹. Su competencia está limitada en el tiempo, desde su nombramiento hasta el dictado del laudo, por tanto, no es una labor permanente, sino puntual, para un caso concreto (Arts. 32 y 38 LA).

22. En todas estas características podemos observar -ya desde el inicio- diferencias con un juez y con otras personas encargadas de resolver conflictos a través de otros mecanismos, ya sea heterocom-

³⁴ Tribunal Federal Suizo, Asunto 4A_244/2023, *Arrêt du 3 avril 2024, Ire Cour de droit civil* Fundamento Jurídico 7.7.1, disponible en: [4A_244/2023 03.04.2024 - Schweizerisches Bundesgericht](https://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/es/index.php?id=45632)

³⁵ J. DE LAS CASAS, “La factura contra España por laudos de renovables supera los 2.000 millones”, Sección: ECONOMIA EMPRESAS, Edición: Nacional, Expansión, Publicado:05/11/2025, p. G012, disponible en: <https://mynmedia.mynews.es/intelligence/C2200219/document/9824/EXN202511052334/?fromEmail=True>

³⁶ M. MONTAÑA MORA, “The Desired Growing Role of Arbitration in the Field of Intellectual Property”, op.cit., 242.

³⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Civil y Penal, Burgos, nº6/2024, STSJ CL 2322/2024 - ECLI:ES:TSJCL:2024:2322, disponible en: [STSJ CL 2322/2024 - ECLI:ES:TSJCL:2024:2322 - Poder Judicial](https://www.poderjudicial.es/stsj/cl/2322/2024)

³⁸ F., GONZÁLEZ DE COSSÍO, “El árbitro”, en *Homenaje al Doctor Rodolfo Cruz Miramontes*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p., 301.

³⁹ L., NOTTAGE, “The Procedural Lex Mercatoria: The Past, Present and Future of International Commercial Arbitration”, en: CDAMS Symposium, Kobe University Law Faculty, 29 September 2003, *Legal Studies Research Paper*, nº06/51, December 2006, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=838028>, p. 18.

positivos o autocompositivos, como podría ser un mediador⁴⁰ o un miembro de un *Dispute Board*⁴¹. Su labor no radica en acercar a las partes para que ellas mismas logren un acuerdo, sino que el árbitro será quien imponga la solución a las partes (*iurisdictio*), al igual que lo hace un juez, con el carácter de cosa juzgada, que también tiene la sentencia (Art. 43 LA). Pero el árbitro carecerá de *imperium*, que sí tiene el juez, por tanto, necesitará de éste en las distintas fases de su actuar, como por ejemplo, cuando requiera del depósito temporal de ejemplares de obras y objetos que se reputen producidos con infracción de las normas sobre propiedad intelectual e industrial, así como el depósito del material empleado para su producción (Art. 727 9ª LEC); o para ejecutar un laudo que una de las partes se niega a realizarlo de forma voluntaria (Arts. 33, 44 y ss. LA)⁴².

1. Selección y nombramiento del/los árbitro/s

23. En España, el nombramiento de los árbitros se regula en el artículo 15 LA de forma un tanto compleja, por lo que merece la pena analizarlo con detenimiento.

24. Aunque la normativa no es expresa al respecto, la práctica arbitral aconseja que se opte por el nombramiento de un árbitro único, a menos que la complejidad del asunto o su cuantía amerite el nombramiento de un tribunal compuesto por tres árbitros⁴³.

25. Comienza el artículo 15 LA en el punto 1 diciendo: “Salvo acuerdo en contrario de las partes”. Por tanto, las partes pueden diferir de lo que a continuación se dice. Y lo que se dice a continuación es un mandato: “en los arbitrajes que no deban decidirse en equidad”; por tanto, los arbitrajes que deban decidirse conforme a derecho, si el arbitraje se resolverá con un árbitro único, este deberá ser jurista. Así, por ejemplo, en un asunto en que las partes solicitaban al tribunal que nombrara al árbitro para dirimir un conflicto sobre la ejecución de un contrato de obra, una de las partes solicitaba que se nombrara a un árbitro perteneciente al Colegio de Arquitectos de Madrid, pero, ante la falta de previsión en el convenio arbitral, el tribunal nombró a un jurista especializado en este tipo de contratos⁴⁴.

26. Lo mismo ocurre cuando las partes no logran ponerse de acuerdo sobre si el árbitro debe o no ser jurista y su nombramiento. En estos casos la jurisprudencia ha optado por seguir el tenor literal del artículo 15.1 LA, y que tenga la condición de jurista⁴⁵.

⁴⁰ El artículo 13 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante LM), establece las funciones del Mediador, aunque existe también desarrollo normativo a nivel de Comunidades Autónomas. Ver: Normativa autonómica: [C.G.P.J | Temas | Mediación | Normativa y jurisprudencia | Leyes Autonómicas \(poderjudicial.es\)](#)

⁴¹ Un miembro de un *Dispute Board* puede prevenir conflictos, puede negociar, actuar como mediador, emitir informes, y éstos serán o no vinculantes en función del tipo de *Dispute Board* por el que se haya optado. Ver, por ejemplo: R., DE PAOR, A., DALCEGGIO, A., BRIONES, K., ZAMBRANO, A., GUTIÉRREZ, “Desde el Boundary hasta el más allá: el uso de *dispute boards* (principalmente bajo FIDIC y NEC) en España, Inglaterra y Perú – ¿cómo es?”, en *Comisión de Dispute Boards*, Club Español e Iberoamericano del Arbitraje, Newsletter nº4, nov. 2024.

⁴² En materia de Propiedad Industrial, según estudios de la *Queen Mary University* citados por M., MONTAÑA MORA, “*The Desired Growing Role of Arbitration in the Field of Intellectual Property*”, en: *Arbitraje comercial: nuevas tendencias y oportunidades*, C. Herrera Petrus, coord. y M. Montaña Mora, coord., Barcelona, España: J.M. BOSCH EDITOR, 2024, p. 230, aproximadamente el 50% de las disputas del sector de las telecomunicaciones están relacionadas con la propiedad industrial, precisamente por ser derechos que tienen acotada su vida a un plazo determinado (con excepción de las marcas) y, por tanto, también requieren de una solución pronta, acorde a sus características.

⁴³ En este sentido ver, por ejemplo, el artículo 11. 2 Reglamento de la Corte de Arbitraje ICAM.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, Madrid, nº7/2018, STSJ M 1303/2018 - ECLI:ES:TSJM:2018:1303, disponible en: [STSJ M 1303/2018 - ECLI:ES:TSJM:2018:1303 - Poder Judicial](#)

⁴⁵ En este sentido, la jurisprudencia ante la discrepancia de las partes ha optado por nombrar a juristas para la resolución de las disputas. Así, la Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala de lo Civil y Penal, de Aragón, Sección Primera, nº 12/2019, STSJ AR 1390/2019 - ECLI: ES:TSJAR:2019:1390, disponible en: [STSJ AR 1390/2019 - ES:TSJAR:2019:1390 - Poder Judicial](#), “Conforme a la previsión contenida en el artículo 15.5 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, sólo en caso de inexistencia de convenio arbitral cabe rechazar la solicitud de nombramiento de árbitro. Por tanto, definida como convenio arbitral la cláusula transcrita en el primero de los fundamentos de derecho, debe darse lugar a la estimación de la demanda y proceder

27. Ya sabemos que las partes, si así lo quieren, pueden contravenir este mandato, es decir, aunque el arbitraje sea conforme a Derecho, podrán elegir un árbitro que no sea jurista para su decisión, pero deberán hacerlo de forma expresa en el convenio arbitral. Y, ¿cuándo sería esto conveniente? Por ejemplo, en un asunto sobre un contrato de obra en el que el conflicto verse en un 80% sobre aspectos técnicos; y un ingeniero, perito o técnico que conozca la normativa, podrá también interpretarla, al igual que lo haría un jurista.

28. En segundo lugar, se habla de arbitrajes en los que deba actuar un árbitro único. Esto es importante, porque en asuntos complejos, lo normal es que se nombre a tres árbitros (colegio arbitral), y entre ellos habrá necesariamente un jurista (Art. 15.1 LA). Los otros dos podrán pertenecer a otras áreas que sean objeto de análisis en el conflicto, complementarias y que ayudarán a la correcta y eficiente solución del conflicto. Por ejemplo, retomando el mencionado caso del contrato de obra, si estamos ante una *Joint Venture* que conlleva una gran inversión, podría nombrarse un colegio arbitral conformado por tres árbitros: un jurista, un ingeniero especializado en el objeto del contrato, y un perito también experto en el sector.

29. En cuanto a la capacidad de los árbitros, la Ley establece que deberán ser personas naturales en pleno ejercicio de sus derechos civiles. Por tanto, no deben estar afectos por alguna causal de incapacidad (Arts. 199 y ss. Código Civil), inhabilitados para el ejercicio de su profesión (Art. 107 Código Penal), o tener alguna incompatibilidad de funciones o exclusividad por razón de su cargo⁴⁶.

30. La Ley de Arbitraje no exige ningún requisito en cuanto a nacionalidad para poder ejercer como árbitro en España. Pero sí que convendría tener en cuenta, cuando se trate de un conflicto en el que las partes tengan diversas ciudadanías o domicilios, que, si el árbitro es único, o si el tribunal será compuesto por tres miembros, que éstos no pertenezcan todos al mismo Estado de una de las partes, con el fin de procurar una “neutralidad” también en ese aspecto⁴⁷.

31. En este punto, conviene precisar también que el árbitro sí que debería pertenecer o conocer el sistema de Derecho aplicable. Es decir, si el arbitraje deberá ser resuelto conforme al Derecho español, lo más conveniente es que, aunque el arbitraje sea internacional y una de las partes sea española, y no se requiera que el árbitro sea español, pero al menos sí que sea conocedor del Derecho continental, y no perteneciente al *Common Law*; ya que esto podría dar lugar a situaciones no deseables que pueden comprometer el buen desarrollo del procedimiento⁴⁸.

32. A los árbitros en España no se les exige ningún requisito legal de acreditación; a diferencia de lo que sí ocurre, por ejemplo, para los mediadores, que sí cuentan con unos requisitos específicos de formación para su acreditación, registro y formación continua (Art. 11 y ss. LM).

al nombramiento de árbitro. Como se ha indicado en el fundamento de derecho primero, la parte actora interesa se proceda a designar un solo árbitro del elenco de árbitros, especializados en Derecho societario adscritos a la Corte Aragonesa de Arbitraje y Mediación de la Asociación Aragonesa de Arbitraje y Mediación, o subsidiariamente se designe del elenco de árbitros que estén adscritos a este Tribunal. Por el contrario, la parte demandada interesa un arbitraje de equidad. Ante esta discrepancia debemos acudir a lo dispuesto en el art. 15.1 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, que dispone: ‘1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, en los arbitrajes que no deban decidirse en equidad cuando el arbitraje se haya de resolver por árbitro único se requerirá la condición de jurista al árbitro que actúe como tal’. Por ello, solicitándose la designación de un solo árbitro y no existiendo acuerdo de las partes sobre la modalidad de arbitraje, se designará un árbitro con la condición de jurista. La designación se hará con intervención de las partes y ante el Sr. Letrado de la Administración de Justicia de esta Sala, por insaculación de tres de la lista de colegiados del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza...».

⁴⁶ Ley 53/1984, de 26 de diciembre de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.

⁴⁷ E., GAILLARD, RF. ALVES, DP., FERNÁNDEZ ARROYO, *Cuestiones claves del arbitraje internacional*, ed. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2013, p. 50. También ver artículo 12.5 Reglamento de la Corte de Arbitraje ICAM.

⁴⁸ VJ., LANA ARCEIZ, “El Soft Law (sustantivo) como herramienta al servicio del arbitraje comercial internacional”, en *Rev. Boliv.de Derecho* n°36, Julio 2023, pp.188.

33. Eso no implica que sea deseable una formación específica en materia de arbitraje, y tener unos conocimientos contrastados que se puedan certificar. De hecho, determinadas instituciones arbitrales solicitan para su inscripción en su lista de árbitros, acreditar conocimientos específicos en materia arbitral. Así lo hace, por ejemplo, la Corte de Arbitraje del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid (en adelante ICAM), en su artículo 7.4 de sus Estatutos al requerir “justifica[r] experiencia o formación en materia de arbitraje”; además de estar colegiados en el ICAM con una antigüedad mínima e ininterrumpida de diez años de ejercicio profesional y sin sanción alguna en su expediente profesional. Pero la Corte podrá eximir de estos requisitos para aquellos juristas de reconocido prestigio, de cualquier nacionalidad, para que puedan desempeñarse como árbitros en esta institución⁴⁹.

34. Por su parte, a nivel internacional, instituciones como el *CIArb*, establecen en su Código Ético y de Conducta, una obligación de acreditar esta formación y cualificación por parte del árbitro, en quién recaerá la responsabilidad, exigiéndole no aceptar el nombramiento si no cuenta con los conocimientos y cualificación necesaria para llevar a cabo la tarea⁵⁰.

35. Un aspecto fundamental que las partes sí que deben de cuidar con esmero a la hora de nombrar a quien dirimirá su disputa es su honorabilidad. Y en la era de la comunicación esto no es difícil. Basta una simple búsqueda en *LinkedIn* o en cualquier buscador, para ver las publicaciones, experiencia, conexiones, conocimientos y poder contrastar las capacidades deseadas del árbitro que se pretende nombrar.

36. Si las partes no son capaces de realizar por ellas mismas el nombramiento, ya sea porque no se ponen de acuerdo, no conocen el procedimiento, o no quieren; tienen la opción de solicitar a una institución arbitral o a un tercero que lo haga por ellas.

37. Otra posibilidad que existe es haber dejado establecido este procedimiento en el convenio arbitral (Art. 15.2 LA). Pero si no lo han hecho, se aplicará lo que la Ley establece. En este caso, si se ha optado por un árbitro único, se le pedirá al tribunal competente que lo nombre, por los cauces del juicio verbal y el tribunal solamente podrá rechazar la petición cuando aprecie que no existe un convenio arbitral (Arts. 15.4 y 15.5 LA). Este es el caso de la reciente Sentencia nº 11/2025 del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Civil y Penal de Pamplona, que afirma que “el tribunal “no está llamado en este procedimiento a realizar, ni de oficio ni a instancia de parte, un control de validez del convenio arbitral o una verificación de la arbitrabilidad de la controversia» y «sólo debe desestimar la petición de nombramiento de árbitros en el caso excepcional de inexistencia de convenio arbitral, esto es, cuando «prima facie» pueda estimar que realmente no existe un convenio arbitral”⁵¹. En el mismo sentido, otra sentencia afirma que “lo que parece pretender el legislador es que el juez realice una valoración superficial del convenio arbitral para decidir si el mismo contiene los presupuestos necesarios para vincular a las partes al arbitraje y proceder al nombramiento; puede pronunciarse sobre el convenio a los efectos del nombramiento de los árbitros, pero no sobre la validez del mismo o la arbitrabilidad de la materia, puesto que impedirían la aplicación del artículo 22 LA y, por lo tanto, se estaría privando a los árbitros de la posibilidad de pronunciarse sobre su propia competencia”⁵².

38. Para determinar cuál es el tribunal competente para el nombramiento se seguirán las reglas que establece el artículo 8.1 LA, que en este caso será “la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde tenga lugar el arbitraje; de no estar éste aún

⁴⁹ Artículo 7.3, Estatutos de la Corte de Arbitraje y Reglamento de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, aprobados en 20 de julio de 2010 y modificados por acuerdos de la Junta de Gobierno de 7 de febrero de 2012 y 6 de junio de 2018, disponibles en: [ESTATUTOS-DE-LA-CORTE-DE-ARBITRAJE-DEL-ICAM.pdf](#)

⁵⁰ Part 2. Rule 4 *CIArb Code of Professional and Ethical Conduct for Members*, op.cit., p. 4.

⁵¹ Sentencia nº 11/2025 del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Civil y Penal de Pamplona, STSJ NA 563/2025 - ECLI:ES:TSJNA:2025:563, disponible en: [STSJ NA 563/2025 - ECLI:ES:TSJNA:2025:563 - Poder Judicial](#)

⁵² Sentencia nº 4/2023 del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Civil y Penal de Albacete, STSJ CLM 2661/2023 - ECLI:ES:TSJCLM:2023:2661

determinado, la que corresponda al domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados; si ninguno de ellos tuviere domicilio o residencia habitual en España, la del domicilio o residencia habitual del actor, y si éste tampoco los tuviera en España, la de su elección” (Art. 8.1 LA).

39. En el caso de que el arbitraje se pretenda llevar a cabo con tres árbitros, cada parte nombrará a uno, y entre los dos ya designados nombrarán al presidente (Art. 15.2.b LA)⁵³. A este respecto es importante, y no sobra recordar que, el hecho que cada parte nombre a un árbitro, esto no significa que el árbitro se convierta en lo que se ha mal llamado –“árbitro de parte”. Esto iría en contra de los principios de imparcialidad e independencia, que más adelante estudiaremos con detenimiento, y que son los que dan sustento y credibilidad a esta institución jurídica de resolución adecuada de conflictos y alternativa a la vía judicial.

2. Tipos de arbitraje: especial referencia al arbitraje institucional privado.

40. Se podrá optar por un arbitraje institucional cuando se decida someter el arbitraje a una institución arbitral que de forma permanente se encarga, con su estructura e infraestructura, a administrar estos procedimientos (artículo 14 LA). También podrán las mismas partes, con fundamento en su libertad contractual, establecer las normas procedimentales para llevar a cabo el arbitraje, adaptándose a sus necesidades y requerimientos, lo que se conoce como un arbitraje *ad hoc*⁵⁴.

41. En los arbitrajes *ad hoc* el procedimiento se adapta enteramente a las exigencias de las partes, las cuales deben diseñar enteramente éste o remitir a algún reglamento de arbitraje, como podría ser el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI⁵⁵. Esta opción brinda una gran flexibilidad, pero es recomendable solamente cuando las partes, sus abogados y los árbitros dominan y tienen experiencia reconocida y acreditada en arbitraje, ya que, si no es así, el procedimiento se complicará y no será lo eficaz y eficiente que se pretende⁵⁶, ya que “el árbitro se encuentra desprovisto de la asistencia de un centro de arbitraje y, por tanto debe encargarse de tareas puramente administrativas como el manejo de los recursos depositados por las partes, la organización de las audiencias y la logística de las reuniones, sin dejar de un lado sus otras responsabilidades como árbitro”⁵⁷. Aunque, una práctica cada vez más extendida también dentro de los arbitrajes *ad hoc*, es que sin que el arbitraje sea institucional, las partes pueden encomendar algunos de los aspectos administrativos del arbitraje a una institución arbitral⁵⁸.

42. En su caso, las instituciones arbitrales deberán escogerse por su especialidad, por ejemplo, cuando estén alojadas o formen parte de un Colegio profesional específico, como es el Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid, que cuenta con su Corte de Arbitraje. Es importante escoger una institución arbitral que sea de reconocido prestigio, que tenga entre sus árbitros a las personas que se pretende nombrar, sus tasas sean accesibles de acuerdo con los presupuestos del proyecto, el Reglamento cumpla las expectativas planteadas, etc.

⁵³ Es interesante el análisis de lo que se entiende por tribunal arbitral unipersonal o colegiado que hizo la jurisprudencia en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Civil y Penal de Madrid, nº 2372020, STSJ M 12155/2020 - ECLI: ES:TSJM:2020:12155, disponible en: [STSJ M 12155/2020 - ES:TSJM:2020:12155 - Poder Judicial](https://www.poderjudicial.es/stsj/m/12155/2020-05-26/STSJ-M-12155-2020), afirmando que “el término «tribunal», aunque en una concepción usual se emplee como órgano colegiado, en otras ocasiones contempla tanto al órgano unipersonal como al plural indistintamente, añadiéndose el adjetivo colegiado para identificar concretamente al tribunal como el compuesto por tres o más individuos”.

⁵⁴ MI., RODRÍGUEZ ROBLERO, “El arbitraje en tiempos de Coronavirus”, en *Transformación del paradigma de justicia tras la pandemia Covid-19*, Ed. Atelier, Barcelona, 2021, p. 530.

⁵⁵ Disponible en: < <https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration> >

⁵⁶ Este es el arbitraje que se prefiere en el sector de la construcción el Sri Lanka, por ejemplo. Ver: M., ABEYNAYAKE, CH., WEDDIKKARA, “Special Features and Experiences of The Full- Term Dispute Adjudication Board as An Alternative Dispute Resolution Method in the Construction Industry of Sri Lanka”, 2013, disponible en: [Microsoft Word - 101paper](#), p. 4.

⁵⁷ E., GAILLARD, RF., ALVES, DP., FERNÁNDEZ ARROYO, “Cuestiones claves del arbitraje internacional”, op.cit., p. 52.

⁵⁸ CIARB, “Terms of Appointment including Remuneration”, *International Arbitration Practice Guideline*, London, 2015, p. 1.

43. Las instituciones arbitrales deberán garantizar el debido proceso, brindar estabilidad a las partes, actuar a través de normas claras, públicas y preestablecidas (sus Reglamentos), con miembros competentes y una estructura logística y organizativa adecuada. Además, se encargarán de resolver de oficio o a petición de cualquiera de las partes cualquier duda que pudiera surgir sobre la interpretación de sus respectivos Reglamentos⁵⁹.

44. Esto se refleja, por ejemplo, en el artículo 7.4 del Reglamento de la Corte de Arbitraje del ICAM, que ya antes hemos mencionado, en concreto en lo que respecta a que ésta “velará por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y por la transparencia en su designación, así como su independencia”. Esto es precisamente uno de los elementos que hacen que las partes escojan una institución arbitral sobre otra.

III. Obligaciones y responsabilidad de los árbitros en la conducción de los procedimientos.

45. En la conducción del procedimiento arbitral se parte del principio de libertad del árbitro en la organización del procedimiento arbitral. Esto quiere decir que el árbitro podrá dirigir y conducir el procedimiento según considere que se adapta mejor a las necesidades e intereses de las partes, observando siempre los principios de igualdad y contradicción⁶⁰. Debe, por tanto, el árbitro siempre tener como referencia y guía de estos intereses y necesidades el Convenio arbitral. Si no son claros, precisamente por eso ha sido escogido él y no otra persona, por lo que puede perfectamente actuar con la flexibilidad que la Ley le otorga, dentro de la autonomía de la voluntad de las partes.

46. Esta autoridad no significa en ningún caso que adquiera un rol autoritario, sino que su autoridad se fundamenta en los mismos méritos que han llevado a las partes a nombrarlo. Debe actuar, por tanto, con eficacia, decisión, cumpliendo los plazos establecidos, y haciendo cumplir los principios procesales, como son el derecho de defensa y la igualdad de trato, la oralidad, la inmediación, entre otros; y los facilitadores⁶¹ del arbitraje, como son la flexibilidad, la simplicidad y la ausencia de formalismos, etc., dentro de los límites que le establece la Ley, el convenio arbitral, en su caso el Acta de Misión, y si es un arbitraje institucional, el reglamento de la institución⁶². Por ejemplo, cuando se ha iniciado un arbitraje y una de las partes no comparece. El árbitro deberá asegurarse, según el artículo 1 de las normas del *CI Arb* sobre *Party Non-Participation* (2015), antes de proceder con el arbitraje, con la información disponible, que el demandante y el demandando fueron debidamente notificados y que la parte demanda no cuenta con un motivo razonable para no intervenir en el procedimiento. Además, deberá considerar el árbitro si cuenta con competencia para dilucidar el conflicto, aunque esto no se haya aún sometido a su análisis, y ser muy cuidadoso en cada fase del procedimiento en que cada una de las partes puede hacer valer su derecho de defensa como corresponde⁶³.

47. Otro aspecto que está dentro de los poderes del árbitro será la utilización de los diferentes medios de tecnología disponibles, con el fin de facilitar la comunicación y la información entre las partes y el tribunal. Para ello deberá tener en cuenta la voluntad de las partes, sus conocimientos, sus habilidades, si hay alguna necesidad especial y que esto no genere ningún tipo de perjuicio a alguna de ellas⁶⁴.

⁵⁹ En este sentido, ICAM, *Reglamento de Arbitraje del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid*, el artículo 2.5, disponible en: [REGLAMENTO-DE-ARBITRAJE-DEL-ICAM.pdf](#)

⁶⁰ Por ejemplo, así se regula en el artículo 20.2 *Reglamento de la Corte de Arbitraje ICAM*.

⁶¹ JC., FERNÁNDEZ ROZAS, S., SÁNCHEZ LORENZO, G., STAMPA, *Principios generales del arbitraje*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2018, pp. 309 y ss.

⁶² En este sentido, CIARB, “*Managing Arbitrations and Procedural Orders*”, *International Arbitration Practice Guideline*, disponible en: [6-managing-arbitrations-and-procedural-orders-2015.pdf](#), p. 1; y Art. 1 CIARB, “*Managing Arbitrations and Procedural Orders*”, *International Arbitration Practice Guideline*, London, 2015, disponible en: [6-managing-arbitrations-and-procedural-orders-2015.pdf](#), p. 2.

⁶³ CIARB, “*Party Non-Participation*”, *International Arbitration Practice Guideline*, London, 2015, disponible en: [9-party-non-participation-2015.pdf](#), p. 2.

⁶⁴ CIARB, “*CIARB Framework Guideline on the Use of Technology in International Arbitration*”, London, 2021, punto 3.2, pp. 2 y ss.

48. Es importante conocer que los árbitros en el ejercicio de su función se rigen por el principio de inmunidad, lo que quiere decir que no tendrán responsabilidad por equivocarse en la decisión de los asuntos, o en el acierto de sus decisiones; pero, siempre y cuando no obren con mala fe, dolo o temeridad⁶⁵. En esos casos sí que deberán responder por los daños y perjuicios causados *in procedendo*⁶⁶. Pero, para ello, es que se les exige a los árbitros la contratación de un seguro de responsabilidad civil o una garantía equivalente⁶⁷.

49. En este sentido, ya desde el siglo pasado la jurisprudencia ha establecido que la motivación no puede ser arbitraria, ni fruto de error patente, ni manifestamente irrazonable, ya que en tal caso no se podría considerar como fundada en Derecho, dando lugar a una causal de anulación por ser contrario el laudo al orden público⁶⁸. Pero esto tampoco implica que al árbitro se le apliquen los mismos criterios ni las mismas exigencias a la hora de fundamentar su laudo que le son exigidas a un juez, ya que estamos ante una forma de resolución de conflictos, con una naturaleza jurídica, unas fuentes y unas características distintas.

50. En este sentido, la jurisprudencia ha expresado que “cumple recordar que las semejanzas entre una decisión judicial y otra arbitral no van más allá de los efectos que se predicen de ambas, a saber, el de cosa juzgada y el de su propia ejecutividad; pero ello no significa que el procedimiento arbitral se pueda ver sometido a las exigencias propias del llamado derecho a la tutela judicial efectiva -ex. art. 24 CE-, puesto que ni es un procedimiento judicial ni los árbitros ejercen jurisdicción -cometido atribuido a la exclusiva competencia de Jueces y Magistrados-. Quiere ello decir que no está sometido a las exigencias y garantías que establece el artículo 24 de la Constitución. Todo lo contrario; cuando las partes deciden voluntariamente de acuerdo con la autonomía de su voluntad eludir la jurisdicción y someterse a un procedimiento de esta índole, lo que eligen es sustraerse a las normas que rigen el procedimiento judicial. La STS 65/2021 afirma textualmente que quienes se someten libre, expresa y voluntariamente a un arbitraje, como método heterónomo de solución de su conflicto, eligen dejar al margen de su controversia las garantías inherentes al

⁶⁵ Así lo ha dicho la jurisprudencia al afirmar que “No resultando contrario al orden público, es un razonamiento que este tribunal no puede controlar en cuanto a su acierto procediendo desestimar la demanda de anulación interpuesta”. Sentencia 00005/2025 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha, Sala de lo Civil y Penal, STSJ CLM 1553/2025 - ECLI:ES:TSJCLM:2025:1553, disponible en: [STSJ CLM 1553/2025 - ECLI:ES:TSJCLM:2025:1553 - Poder Judicial](#). Algo totalmente distinto es la responsabilidad penal. Lo que se ha pretendido en el procedimiento seguido contra el árbitro G.Stampa en el asunto de los herederos del Sultán de Joló. Ver, por ejemplo: [La nueva guerra judicial millonaria que esconde la condena penal a Stampa](#). En nuestra opinión, no es de recibo utilizar la vía penal para hacer valer la inconformidad por la actuación del árbitro en el procedimiento al no verse favorecido, teniendo a su alcance otras vías. En este sentido, ya desde el año 2009, N. BLACKABY, C., PARTASIDES, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, op. cit. p., 331, afirmaba que la inmunidad de los árbitros: “it helps ensure the finality of arbitral awards, by preventing an unsuccessful party from suing the arbitrator; fewer skilled persons would be prepared to act as arbitrators if they carried the risk of incurring substantial liability; arbitrators have no interest in the outcome of the dispute and should not be compelled to become parties to it; and to ensure the protection of the public, in the cases where truly judicial functions are exercised (presumably by unburdening the courts of many disputes)”. En el mismo sentido, F., GONZÁLEZ DE COSSÍO, “El árbitro”, op.cit., pp. 326 y ss.

⁶⁶ Así se contempla en el artículo 49 Reglamento de la Corte de Arbitraje ICAM.

⁶⁷ JC., FERNÁNDEZ ROZAS, S., SÁNCHEZ LORENZO, G., STAMPA, *Principios generales del arbitraje*, op.cit., p. 229.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional nº23/1987, de 23 de febrero, ECLI:ES:TC:1987:23 disponible en: [HJ System - Decision: SENTENCIA 23/1987](#); En el mismo sentido “Los derechos y garantías previstos en el artículo 24 CE no garantizan, ciertamente, la justicia de la decisión o la corrección jurídica de la actuación o interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales comunes, pues no existe un derecho al acierto (entre muchas, SSTC 151/2001, de 2 de julio, FJ 5; y 162/2001, de 5 de julio, FJ 4). Y tampoco aseguran la satisfacción de la pretensión de ninguna de las partes del proceso (por todas, SSTC 107/1994, de 11 de abril, FJ 2; y 139/2000, de 29 de mayo, FJ 4). Ahora bien, lo que en todo caso sí garantiza el expresado precepto es el derecho a que las pretensiones se desenvuelvan y conozcan en el proceso establecido al efecto, con observancia de las garantías constitucionales que permitan el derecho de defensa, y a que finalice con una resolución fundada en Derecho, la cual podrá ser favorable o adversa a las pretensiones ejercitadas (STC 50/1982, de 15 de julio, FJ 3). El artículo 24 CE no sólo comporta una serie de derechos y garantías para todas las personas sino que además impone el sometimiento de los jueces al imperio de la Ley (STC 10/2000, de 17 de enero, FJ 2) dentro de los límites de la jurisdicción y la competencia que les corresponda (STC 47/1982, de 12 de julio, FJ 3) y, en su efecto, la obligación de preservar aquellos derechos y garantías, lo cual sólo puede llevarse a término dentro del proceso debido (SSTC 96/1985, de 10 de julio, FJ 3; y 106/1985, de 7 de octubre, FJ 3)”. Sentencia del Tribunal Constitucional nº 173/2002, de 9 de octubre, FJ 8, ECLI:ES:TC:2002:173, disponible en: [Sistema HJ - Resolución: SENTENCIA 173/2002](#)

artículo 24 CE y regirse por las normas establecidas en la Ley de arbitraje». «(...) - Corolario de estas precisiones, debemos concluir que el deber de motivación de los laudos arbitrales no surge del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva -solo predicable de las resoluciones judiciales- sino de la Ley de Arbitraje que en su artículo 37.4 así lo exige. Mientras que el Juez tiene una necesaria vinculación con la ley y con el sistema de fuentes dimanante de la Constitución, que se traduce en el derecho del justiciable y el interés legítimo de la sociedad en conocer las razones de la decisión judicial que se adopta, evitando que sea fruto de la arbitrariedad y facilitando mediante su expresión el control por parte de los órganos jurisdiccionales superiores en caso necesario, la motivación de los laudos no está prevista en la Constitución ni se integra en un derecho fundamental sino que es una simple obligación de configuración legal del que bien podría prescindir el legislador sin alterar la naturaleza del sistema arbitral. Como recuerda la STS 65/2021, de 15 de marzo, que el artículo 37.4 de la Ley de Arbitraje disponga que «el laudo deberá ser siempre motivado», no significa que el árbitro deba decidir sobre todos los argumentos presentados por las partes, como tampoco que deba indicar las pruebas en las que se ha basado para tomar su decisión sobre los hechos, o motivar su preferencia por una norma u otra, pues para determinar si se ha cumplido con el deber de motivación, basta con comprobar, simplemente, que el laudo contiene razones, aunque sean consideradas incorrectas por el juez que debe resolver su impugnación (STC 17/2021, de 15 de febrero, FJ 2). Y concluye que al estar asentado el arbitraje en la autonomía de la voluntad y la libertad de los particulares el deber de motivación del laudo no se integra en el orden público exigido en el art. 24 CE para la resolución judicial, sino que se ajusta a un parámetro propio, definido en función del art. 10 CE. Este parámetro deberán configurarlo, ante todo, las propias partes sometidas a arbitraje a las que corresponde, al igual que pactan las normas arbitrales, el número de árbitros, la naturaleza del arbitraje o las reglas de prueba, pactar si el laudo debe estar motivado (art. 37.4 LA) y en qué términos. Ello quiere decir, como necesaria consecuencia de lo anterior, que el órgano judicial que tiene atribuida la facultad de control del laudo arbitral, como resultado del ejercicio de una acción extraordinaria de anulación, no puede examinar la idoneidad, suficiencia o la adecuación de la motivación, sino únicamente comprobar su existencia, porque, salvo que las partes hubieran pactado unas determinadas exigencias o un contenido específico respecto a la motivación, su insuficiencia o inadecuación, el alcance o la suficiencia de la motivación no puede desprenderse de la voluntad de las partes. Cabe, pues, exigir la motivación del laudo establecida en el artículo 37.4, pues las partes tienen derecho a conocer las razones de la decisión, pero en aquellos supuestos en los que el árbitro haya razonado y argumentado su decisión, habrá visto cumplida la exigencia de motivación, sin que el órgano judicial pueda revisar su adecuación al derecho aplicable o entrar a juzgar sobre la correcta valoración de las pruebas, por más que de haber sido él quien tuviera encomendado el enjuiciamiento del asunto, las hubiera razonado y valorado de diversa manera»⁶⁹.

51. A modo de ejemplo, y siguiendo este razonamiento, en el artículo 29.7 del Reglamento de la Corte de Arbitraje del ICAM se establece que “los árbitros valorarán la prueba libremente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica”. No hay unos criterios preestablecidos. Siempre y cuando haya fundamentación y valoración, las partes saben que han encomendado la resolución de su conflicto a una persona experta en la materia y podrá valorar los hechos y la prueba presentada según su discernimiento, pero no se le garantiza un resultado concreto.

52. En el caso concreto del arbitraje de equidad, “el deber de motivación del laudo viene impuesto por el art. 37. 4º LA, con el alcance y exhaustividad que hemos señalado al hilo de la doctrina constitucional expuesta. Cabe, por otra parte, recordar, como en diversas resoluciones de esta Sala se ha hecho (STSJM. de 7 marzo 2017, 8 enero 2018, entre otras), que dicha exigencia es más tenue, aunque no inexistente, cuando el arbitraje es en equidad, como es el caso presente. El examen del laudo impugnado, bastando al efecto para su comprobación la mera lectura del mismo, contiene una motivación que es acorde a la resolución del litigio que se ha presentado ante el tribunal arbitral, dando respuesta argumentada, con independencia del acierto o no de la misma, a los planteamientos que sostienen tanto

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Civil y Penal, Burgos, nº6/2024, STSJ CL 2322/2024 - ECLI:ES:TSJCL:2024:2322, disponible en: [STSJ CL 2322/2024 - ECLI:ES:TSJCL:2024:2322 - Poder Judicial](#)

la parte demandante como la parte demandada, en apoyo de sus respectivas pretensiones, deducidas respectivamente en sus escritos de demanda y contestación”⁷⁰.

53. Cuando un árbitro decide conforme a criterios de equidad, se le exige siempre una adecuada fundamentación del laudo, pero con base en los criterios que se han establecido, no en el Derecho, aunque no se excluye su utilización si es pertinente para su motivación. Así lo ha hecho constar la jurisprudencia, afirmando que aunque se haya instado un arbitraje en equidad, nada obsta para que los árbitros apliquen normas legales para resolver las cuestiones pretendidas en su motivación, y por tanto, dicha fundamentación no facultaría al demandante a solicitar la nulidad del laudo, ya que “la especificidad del arbitraje de equidad no está en que los laudos de equidad deban desconocer las normas de Derecho positivo, y las utilizadas por el colegio arbitral son adecuadas a la cuestión sometida a su colegio”⁷¹.

54. Por tanto, mientras que haya justificación suficiente, el laudo no podrá ser objeto de nulidad. Así lo ha confirmado el Tribunal Constitucional en la Sentencia del 16-2-2021 al decir que “la actuación del árbitro en la práctica y admisión de las pruebas en el expediente arbitral fue la adecuada, no denotando su actuación sino la propia de fijación de los hechos y la aplicación de los criterios de equidad ponderando adecuadamente las circunstancias concurrentes en el caso, valorando el material probatorio y haciendo constar en el Laudo final de equidad y en la Resolución posterior de aclaración y corrección lo ocurrido (...), su motivada valoración y el porqué de lo que estimaba procedente sin que tenga la obligación de dar prioridad a documento o documentos determinados, o de efectuar una valoración individualizada de cada documento del expediente, pues no le es exigible ello a los árbitros, sean de derecho o de equidad, se trate de arbitraje administrado o “ad hoc”⁷².

1. Los principios de independencia e imparcialidad como garantía de eficacia del arbitraje.

55. Los árbitros deben ser y permanecer independientes e imparciales durante todo el procedimiento, es decir, desde su nombramiento hasta la emisión del laudo (Art. 17 LA). Por tanto, no podrán mantener ningún tipo de relación personal, profesional o comercial con las partes⁷³, ni dejarse influir por ningún tipo de presiones externas o por su propio interés⁷⁴.

56. Independencia significa la no dependencia de nada ni de nadie, o como también se podría definir como una “ausencia de vínculos económicos, políticos o laborales”⁷⁵, “desde el punto de vista de una tercera persona con un buen juicio y con conocimiento de los hechos y circunstancias relevantes del asunto”⁷⁶.

57. Mientras que la imparcialidad se inclina a la obligación de dar un trato equitativo y no par-

⁷⁰ Sentencia de Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Civil y Penal, Madrid, nº72/2021, STSJ M 12551/2021 - ECLI:ES:TSJM:2021:12551, disponible en: STSJ M 12551/2021 - ECLI:ES:TSJM:2021:12551 - Poder Judicial

⁷¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Civil y Penal de Bilbao, nº7/2025, STSJ PV 3231/2025 - ECLI:ES:TSPV:2025:3231, disponible en: <https://fernandezrozas.com/wp-content/uploads/2025/11/Arbitraje-STSJ-Pais-Vasco-CP-1a-2-octubre-2025.pdf>

⁷² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid nº1/2023, STSJ M 316/2023 - ECLI:ES:TSJM:2023:316. En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Civil y Penal de Bilbao, nº7/2025, STSJ PV 3231/2025 - ECLI:ES:TSJPV:2025:3231, disponible en: <https://fernandezrozas.com/wp-content/uploads/2025/11/Arbitraje-STSJ-Pais-Vasco-CP-1a-2-octubre-2025.pdf>, al afirmar que “El tribunal arbitral ha valorado en equidad el sentido de las cuestiones sometidas a su apreciación conforme a las circunstancias concurrentes en el caso y la prueba que le ha sido proporcionada, llegando a una conclusión explicada y justificada, por lo que, con independencia de su acierto o desacierto, ninguna infracción de la denunciada, ni ninguna otra, se ha producido”.

⁷³ En este sentido ver también el artículo 10.1 Reglamento de la Corte de Arbitraje del ICAM.

⁷⁴ *Part 2, Rule 7 CIArb Code of Professional and Ethical Conduct for Members*, op.cit., p. 5.

⁷⁵ E., GAILLARD, RF., ALVES, DP., FERNÁNDEZ ARROYO, “Cuestiones claves del arbitraje internacional”, op.cit, p. 40.

⁷⁶ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional. Aprobadas por el Consejo de la IBA, 25 de mayo de 2024, disponible en: document, p. 9.

cial a ninguna de las partes, o la “inexistencia de una predisposición del árbitro que pueda favorecer a alguna de las partes”⁷⁷.

58. Así, la primera se mantiene en el ámbito objetivo y la segunda en el ámbito subjetivo del árbitro⁷⁸. Además, “no son suficientes las meras sospechas, conjeturas, o juicios de intenciones no basados en datos objetivos. La independencia tiene que ver, fundamentalmente, con vínculos entre el árbitro y las partes u otras personas relacionadas con estas; y respecto del deber de imparcialidad, podría decirse que existirá parcialidad cuando un árbitro favorezca a una de las partes o cuando tenga un prejuicio en relación con la controversia. Como decíamos en nuestra STSJC de 18 de enero de 2022, la imparcialidad sería una disposición de ánimo que, al margen de las propias convicciones ideológicas y de sentimientos personales, excluya de las decisiones del árbitro cualquier interferencia ajena a su valoración de la totalidad de la prueba practicada, a la actuación de las partes en el proceso, de acuerdo con las reglas del procedimiento, y a su entendimiento de las normas jurídicas que haya de aplicar, esto es, la ajenidad del árbitro respecto de las partes, para con las que han de guardar una igual distancia, y respecto del objeto del proceso, con relación al cual han de carecer de interés alguno”⁷⁹.

59. En caso de duda, el árbitro debe siempre comunicar cualquier circunstancia a las partes, y ser ellas las que decidan, al igual que lo han hecho con respecto a los demás aspectos del procedimiento y objeto del arbitraje (Art. 9 LA)⁸⁰. Y esto es importante analizarlo, ya que el árbitro revele determinada circunstancia, o relación, no implica por sí sola una causal de recusación, sino información para las partes, quienes, en última instancia, podrán decidir si continuar con el nombramiento inicialmente propuesto. Así se ha establecido en laudos a nivel europeo, como en *Suovaniemi v. Finland* (1999)⁸¹, *Mutu and Pechstein v. Switzerland* (2017)⁸², o en *BEG SPA v. Italy* (2021)⁸³, en los que se confirma que

⁷⁷ E., GAILLARD, RF., ALVES, DP., FERNÁNDEZ ARROYO, “Cuestiones claves del arbitraje internacional”, op.cit, p. 40.

⁷⁸ E., GAILLARD, RF., ALVES, DP., FERNÁNDEZ ARROYO, “Cuestiones claves del arbitraje internacional”, op.cit, p. 41; JC., FERNÁNDEZ ROZAS, S., SÁNCHEZ LORENZO, G., STAMPA, *Principios generales del arbitraje*, op.cit., p. 207.

⁷⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Civil y Penal, Barcelona, nº 47/2022, STSJ CAT 10454/2022 - ECLI:ES:TSJCAT:2022:10454, disponible en: STSJ CAT 10454/2022 - ECLI:ES:TSJCAT:2022:10454 - Poder Judicial

⁸⁰ Será muy útil tener en cuenta las Directrices IBA sobre conflictos de Interés en Arbitraje Internacional. Aprobadas por el Consejo de la IBA, 25 de mayo de 2024, IBA, disponibles en: [document](#), y en concreto en cuanto dice que “una recusación sólo puede prosperar si se cumple un test objetivo de la Norma General 3 (g), que deja claro que la no revelación de ciertos hechos y circunstancias que pueda, a los ojos de las partes, suscitar dudas en cuanto a la imparcialidad o independencia del árbitro no significa necesariamente que exista un conflicto de interés, o que deba producirse una descalificación”, p.13.

⁸¹ CASE SUOVANIEMI V. FINLAND (1999), Application no. 31737/96 by Osmo SUOVANIEMI and others against Finland, The European Court of Human Rights (Fourth Section) sitting on 23 February 1999, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-4942%22%5D%7D> “In view of this the finding of the Finnish court based on Finnish law that by approving M. as an arbitrator despite the doubt, of which the applicants were aware, about his objective impartiality within the meaning of the relevant Finnish legislation does not appear arbitrary or unreasonable. Moreover, considering that throughout the arbitration the applicants were represented by counsel, the waiver was accompanied by sufficient guarantees commensurate to its importance. The Court furthermore notes that in the proceedings before the national courts the applicants had ample opportunity to advance their arguments, inter alia, concerning the circumstances in which the waiver took place during the arbitration proceedings. Without having to decide whether a similar waiver would be valid in the context of purely judicial proceedings the Court comes to the conclusion that in the circumstances of the present case concerning arbitral proceedings the applicants’ waiver of their right to an impartial judge should be regarded as effective for Convention purposes. Therefore the refusal of the Finnish courts to quash the arbitral award on the ground of M.’s participation in those proceedings does not disclose any appearance of a violation of Article 6 of the Convention”.

⁸² CASE OF MUTU AND PECHSTEIN v. SWITZERLAND (Applications nos. 40575/10 and 67474/10), JUDGMENT STRASBOURG 2 October 2018, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-186828%22%5D%7D>: “73. In the present case, the Court notes that the second applicant complained of a lack of independence and impartiality on the part of the CAS in her appeal of 7 December 2009 before the Federal Court, which, in its judgment of 10 February 2010, dismissed that complaint as inadmissible on the ground that she had not raised it previously before the CAS (see paragraph 23 above). 74. In this connection the Court reiterates that domestic remedies have not been exhausted when an appeal is not accepted for examination because of a procedural mistake by the applicant (see *Gäffgen*, cited above, § 143). In the present case, however, since the Federal Court, after setting out the grounds of inadmissibility, nevertheless referred, albeit briefly, to the independence and impartiality of the CAS under points 3.1.3 to 3.3 of its judgment (see paragraph 23 above), the Court takes the view that this complaint cannot be rejected for non-exhaustion of domestic remedies (see *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland* (no. 2) [GC], no. 32772/02, §§ 43 and 45, ECHR 2009). 75. Consequently, the Government’s objection as to admissibility must be dismissed”.

⁸³ CASE OF BEG S.P.A. v. ITALY (Application no. 5312/11), STRASBOURG 20 May 2021, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-210014%22%5D%7D>

las partes, en conocimiento del hecho que podría generar dudas sobre la posible imparcialidad del laudo, no lo alegan ni antes, ni durante el procedimiento, por tanto, el tribunal considera que han aceptado la participación del árbitro como independiente e imparcial. Otra cosa distinta ocurre, cuando las partes desconocían el hecho, y se enteran del mismo una vez finalizado el arbitraje. En este último supuesto, sí que tendrían la oportunidad de alegar dicha causal para impugnar el laudo, tal y como se ha discutido en *Mo Industrial Park* (2025) en la Corte Suprema de Noruega⁸⁴.

60. La Ley española determina que la parte interesada es quien debe demostrar las circunstancias del árbitro que generen esas dudas justificadas sobre su independencia o imparcialidad (Art. 17.2 LA). Ya que las circunstancias por sí solas, no implican que pueda existir una causal de parcialidad o falta de independencia del árbitro y la consiguiente descalificación⁸⁵. Es bien sabido, y lo hemos venido exponiendo, que las partes han escogido al árbitro precisamente por sus cualidades, preparación, experiencia, y, por tanto, si ellas así lo quieren, podrán también aceptar determinadas circunstancias, como algunas de las establecidas en el listado naranja de las Directrices IBA sobre Conflictos de Interés en Arbitraje Internacional (en adelante Directrices IBA), si confían en que el árbitro es un profesional capaz de ejercer su labor acorde con lo que se le han encomendado⁸⁶.

61. Pero, esto tiene su contraparte en una responsabilidad activa para el árbitro, ya que, en caso de no hacerlo, podría poner en peligro la validez del futuro laudo, y también su prestigio profesional, debido a que esta inacción o falta de debida diligencia no lo excusa de las posibles responsabilidades que pueda incurrir por su falta de conocimiento por no haber realizado, por ejemplo, una razonable investigación acerca de los posibles conflictos de interés que se pudieran plantear con las partes⁸⁷.

62. En este punto se puede plantear el dilema de situaciones que impliquen el secreto profesional. Esto se ha analizado también en las Directrices de la IBA, y se ha determinado que, si el árbitro considera que en caso de revelar podría afectarlo, no debería de aceptar el nombramiento⁸⁸.

63. Las Directrices de la IBA sobre Conflictos de Interés son una herramienta muy útil que se utilizan para establecer estos criterios de forma objetiva, surgidas de la práctica arbitral, pero que los tribunales aceptan como válida, y que de hecho utilizan. La última versión actualizada es la de 2024, las cuales son fruto de la experiencia, la jurisprudencia, las leyes y decisiones, tanto nacionales como internacionales. En ellas se han recogido una serie de supuestos que se clasifican como un semáforo: rojo, naranja y verde. Los supuestos rojos responden a un conflicto de interés evidente y objetivo, y ante éste el árbitro afectado deberá retirarse del procedimiento⁸⁹. En los supuestos naranja deberá hacerse una comunicación a las partes y éstas decidirán si podrá o no continuar en el procedimiento de forma expresa. Y, por último, los supuestos que pertenezcan a la categoría verde son supuestos en los que no existen criterios objetivos de conflicto de interés y, por tanto, no concurre un deber de revelación⁹⁰.

⁸⁴ HR-2025-921-A, (sak nr. 24-159248SIV-HRET), Anke over Hålogaland lagmannsretts dom 3. juli 2024, disponible en: <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/avgjorelser/2025/mai/hr-2025-921-a.pdf>

⁸⁵ Artículo 3.g, INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional, op.cit., p. 11.

⁸⁶ Artículo 4. c) INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional, op.cit., p. 13.

⁸⁷ Artículo 7.d), INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional, op.cit., p. 19.

⁸⁸ Artículo 3.e, INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional, op.cit., p. 11. En el mismo sentido La Rule 3 sobre conflictos del Interés *Part 2. Rule 1 CI Arb Code of Professional and Ethical Conduct for Members*, op.cit., p. 4.

⁸⁹ Hay una subclasificación en cuanto a rojo no disponible y rojo disponible, pero no hemos querido extendernos más en esta explicación.

⁹⁰ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional. Aprobadas por el Consejo de la IBA, 25 de mayo de 2024, disponible en: [document](#)

64. El Tribunal Superior de Justicia de Barcelona, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 20 de julio de 2022, en el recurso nº26/2021 analizaba el caso de un profesor universitario a la luz de las mismas Directrices afirmando que “desde su aprobación en 2004, las Directrices IBA sobre Conflictos de Interés en Arbitraje Internacional han sido objeto de amplia aceptación en la comunidad arbitral internacional. Las mencionadas Directrices contienen Normas Generales y listados denominados Rojo, Naranja y Verde, que hacen referencia al establecimiento de una relación de hechos y circunstancias específicos que deban ser revelados o que justifiquen la recusación de un árbitro. (...) El hecho de que el árbitro en su condición de profesor universitario, impartiera docencia en el Grado de Derecho y en el Máster de acceso a la Abogacía, en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, junto con otro elenco de profesores, entre los que se encontraba la Letrada de la parte demandada, no supone, siquiera, un “fumus” de parcialidad del árbitro, puesto que éste ni designaba el profesorado ni se hacía cargo de sus honorarios por la docencia prestada”⁹¹.

65. Por su parte, las instituciones arbitrales han establecido como práctica habitual y en sus respectivos reglamentos, que los árbitros, al momento de su aceptación remitan una declaración de independencia e imparcialidad, comunicando, por escrito, cualquier circunstancia que pueda considerarse relevante para su nombramiento o que pueda generar dudas con respecto a su actuar, de lo cual se dará traslado a las partes. El mismo procedimiento deberá realizarse en caso de circunstancias sobrevenidas, y que no existieran o se desconocieran al momento del nombramiento⁹².

66. Por tanto, es importante incidir en que, tal y como mencionábamos, a pesar de que la independencia obedece a criterios objetivos, y no a consideraciones subjetivas, autores como FERNANDO MANTILLA, citando a doctrina francesa, ha afirmado que la independencia del árbitro “se ocupa de las apariencias”⁹³ y de si existen o no dudas razonables. En el mismo sentido se encuentra la Ley española. Esta independencia que se manifiesta desde antes del nombramiento del árbitro con el deber de revelación que tiene con respecto a las partes, y una vez aceptado (Art. 17 LA), cuando surja alguna circunstancia sobrevenida. Por ejemplo, una nueva relación profesional entre el árbitro y el despacho de una de las partes; o, incluso, por casualidades de la vida, que se diera una relación personal de un hijo del árbitro con una hija de una de las partes. El primero de los casos está contemplado en la lista roja disponible de las Directrices de la IBA; mientras que el segundo de los ejemplos pertenece al listado naranja de las mismas Directrices.

67. En una reciente sentencia, se ha tenido la oportunidad de analizar el supuesto en que un árbitro compartía despacho con la pareja del abogado que representa a una de las partes. En este caso se pronunció el tribunal afirmando que “para que tal circunstancia pudiera tener alguna relevancia habría sido preciso que la mercantil demandante aportase otros datos, hechos o informaciones que pudieran hacer sospechar la existencia de una intensa o íntima relación con el abogado que defiende a la parte que pudiera condicionar su criterio. La presunción, sin embargo, es que un abogado, de quien no se aporta información que comporte tacha alguna, cuando es designado árbitro actuará con imparcialidad, sin perjuicio de que la designación pueda ser motivada, como así ocurre habitualmente, por buenas referencias, en las que acaso pudo influir el hecho de que la letrada (...) tuviera conocimiento de él por contactos profesionales”⁹⁴.

68. En cuanto a la posibilidad que tienen las partes para recusar a los árbitros, solamente podrán serlo “si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre independencia e imparcialidad, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes” (Art. 17.3 LA). Y, en caso de

⁹¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Civil y Penal, Barcelona, nº 47/2022, STSJ CAT 10454/2022 - ECLI:ES:TSJCAT:2022:10454, disponible en: [STSJ CAT 10454/2022 - ECLI:ES:TSJCAT:2022:10454 - Poder Judicial](#)

⁹² En este sentido ver artículo 10 Reglamento Corte de Arbitraje ICAM.

⁹³ E., GAILLARD, RF., ALVES, DP., FERNÁNDEZ ARROYO, “Cuestiones claves del arbitraje internacional”, op.cit, p. 41.

⁹⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, nº 5/2024, STSJ AND 2415/2024 - ECLI:ES:TSJAND:2024:2415, disponible en: [STSJ AND 2415/2024 - ECLI:ES:TSJAND:2024:2415 - Poder Judicial](#)

que sea la parte que lo ha nombrado quien quiera recusarlo, solamente podrá hacerlo, cuando concurra alguna causa que haya tenido conocimiento posteriormente a su designación⁹⁵.

69. Otra particularidad de la Ley española, que busca salvaguardar la imparcialidad de los árbitros, la encontramos en el artículo 17.4 LA. Este artículo establece la prohibición, nuevamente, -salvo acuerdo en contrario de las partes-, de que el árbitro no podrá haber intervenido previamente como mediador en el mismo conflicto entre las partes. Por lo que, si las partes lo autorizan expresamente, sí que podrá optarse, por ejemplo, por un MED-ARB⁹⁶ con el mismo tercero encargado de resolver el conflicto. Aquí las partes deberán valorar sus intereses, la oportunidad, la profesionalidad y las capacidades del tercero escogido, para determinar si esta es una opción que les convence, o es mejor optar por otro tercero que no ha sido partícipe del procedimiento infructuoso previo y puede decidir la controversia partiendo de cero⁹⁷. Ya que las partes en la mediación suelen comportarse, lo mismo que el mediador, de una forma distinta, y puede generarse algún tipo de reservas con respecto al laudo que posteriormente se dictará⁹⁸. En dicho caso, si las partes consideran que se ha podido comprometer la independencia o la imparcialidad del árbitro, por ejemplo, si el ahora árbitro ha tenido conocimiento de información relevante en un *caucus* durante la mediación, y que la otra parte no conoce⁹⁹, el árbitro podrá renunciar o las partes solicitar su renuncia, tras un proceso de mediación previa, en aras de garantizar los principios esenciales del procedimiento¹⁰⁰. Y, además, en caso de estar ante un arbitraje internacional, poder garantizarse que el laudo se pueda ejecutar, ya que, en algunas jurisdicciones, esto haría que el laudo se considere como contrario a los principios esenciales del arbitraje¹⁰¹.

70. Otra cosa diferente es lo que se regula en el Reglamento de la Corte de Arbitraje del ICAM en su Procedimiento Abreviado. Allí se establece como una posibilidad para las partes cuyos asuntos cuenten con una cuantía inferior a los cien mil euros (100 000€) o indeterminada, o no pueda determinarse, siempre y cuando, a juicio de la Corte, no se aconseje acudir al procedimiento ordinario¹⁰². Este procedimiento cuenta con una particularidad que merece la pena resaltar, ya que en su artículo 56, una vez presentadas la demanda y la contestación y, por tanto, fijadas las pretensiones de las partes, se les invita a una audiencia de conciliación, la cual es presidida por el árbitro.

⁹⁵ Es muy esclarecedora al respecto la Sentencia de la *Cour de Cassation* de 19 de junio de 2024, nº23-10.972, en la que se anula un laudo por evidenciar la falta de imparcialidad del árbitro tras la muerte del abogado de una de las partes, *Cour de Cassation, Pourvoi nº 23-10.972*, 19 juin 2024, *Première chambre civile - Formation de section*, ECLI:FR:CCASS:2024:C-100345 disponible en: <https://www.courdecassation.fr/decision/667280eff7ab5c00087309c7>

⁹⁶ MED-ARB es un método adecuado de conflictos en el que las partes establecen una cláusula escalonada para intentar resolver el conflicto en primera instancia mediante mediación y de no resultar, se acudirá en última instancia arbitraje. Por ejemplo, ver: ROBLETO ARANA, C., “La cláusula escalonada o multinivel en la resolución alterna de conflictos”, en *Revista de Derecho*, nº 30, Universidad Centroamericana, Nicaragua, 2021, pp. 3-25.

⁹⁷ Cuestión distinta es cuando se acude a un ARB-MED en la que se ha dicho que el árbitro debe actuar con mucha cautela frente a las partes para evitar dar la impresión de una posible “parcialidad” y que posteriormente una parte pueda impugnar el ADR previo por motivos de orden público. Así ver: FERNÁNDEZ ROZAS, JC., “La transacción: alternativa o complemento del litigio judicial o de la controversia arbitral”, en: *Arbitraje comercial: nuevas tendencias y oportunidades*: (1 ed.), HERRERA PETRUS, C. (Coord.) & MONTAÑA MORA, M. (Coord.), J.M. BOSCH EDITOR, 2024, p. 147.

⁹⁸ VALL RIUS, A., “El papel del arbitraje y la eficiencia de las figuras mixtas en la resolución de conflictos”, en: *Arbitraje comercial: nuevas tendencias y oportunidades*, Herrera Petrus, Christian, coord. y Montaña Mora, Miquel, coord., Barcelona, España: J.M. BOSCH EDITOR, 2024, p. 389.

⁹⁹ CIARB, *CIARB Professional Practice Guideline on the Use of Mediation in Arbitration*, London, 2021, disponible en: <https://www.ciarb.org/media/qgndw1eo/14-professional-practice-guideline-on-the-use-of-mediation-in-arbitration-2021.pdf>, pp. 3 y 9.

¹⁰⁰ Artículo 4.d), INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional, op.cit., p. 14.

¹⁰¹ CIARB, *CIARB Professional Practice Guideline on the Use of Mediation in Arbitration*, op.cit., disposición 8.3, p. 10. En este sentido, se han establecido normas muy claras para evitar que el laudo no pueda contradecir los derechos esenciales de las partes, como requerir el consentimiento expreso de las partes; que el árbitro deba explicarles a las partes los riesgos que puede conllevar, antes de aceptar el nombramiento y hasta donde alcanzan sus competencias; entre otras. Disposición 8.6.

¹⁰² Artículo 50 Reglamento Corte de Arbitraje ICAM.

71. No se trata por tanto de una MED-ARB, sino que, si recurrimos a estas mismas siglas, deberíamos hablar de una CON-ARB, con las siguientes características:

- a) El árbitro exhortará a las partes a llegar por ellas mismas a un acuerdo para solucionar el conflicto, dándoles una oportunidad añadida, y ciñéndose exclusivamente a la resolución a través del procedimiento arbitral.
- b) En caso de alcanzar un acuerdo se recogería en forma de laudo¹⁰³.
- c) Si no se alcanza un acuerdo, se prosigue con el procedimiento arbitral según establece el Reglamento.

72. El árbitro, según consta, no debe intervenir en ningún sentido en la audiencia, ni facilitar dicho acuerdo. Simplemente -exhorta- para que intenten llegar a un acuerdo. En este sentido se mantiene la independencia e imparcialidad del árbitro que sería el aspecto que podría poner en tela de duda el rol del árbitro en este procedimiento y su sucesivo desenvolvimiento en caso de fracasar la negociación. Lo que está haciendo el árbitro en su primer rol de conciliador es recordado a las partes que cuentan con la posibilidad de disponer de la materia objeto del arbitraje, gracias al artículo 1255 del Código Civil¹⁰⁴, en cualquier fase del procedimiento antes del dictado del laudo.

2. El Principio de *Kompetenz-Kompetenz* como fundamento del arbitraje y alternativa a la vía judicial

73. En España la Ley 60/2003 siguió la tesis fuerte del Principio *Kompetenz-Kompetenz*, cuando explica en su misma Exposición de Motivos (apartado cuarto) que: “debe destacarse, además, que el juez no está llamado en este procedimiento a realizar, ni de oficio ni a instancia de parte, un control de validez del convenio arbitral o una verificación de la arbitrabilidad de la controversia, lo que, de permitirse, ralentizaría indebidamente la designación y vaciaría de contenido la regla de que son los árbitros los llamados a pronunciarse, en primer término, sobre su propia competencia. Por ello, el juez sólo debe desestimar la petición de nombramiento de árbitros en el caso excepcional de inexistencia de convenio arbitral, esto es, cuando prima facie pueda estimar que realmente no existe un convenio arbitral; pero el juez no está llamado en este procedimiento a realizar un control de los requisitos de validez del convenio”.

74. Al limitarse a una comprobación superficial de la existencia del convenio arbitral, no pueden, por tanto, entrar a analizar su validez y eficacia, ya que eso es competencia exclusiva del árbitro conforme al artículo 22 LA. Este artículo dice expresamente: “Serán los árbitros quienes estén facultados para conocer sobre su propia competencia...”, siguiendo la pauta marcada por la Ley Modelo de la CNUDMI, que en su artículo 16 dice que: “El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o la validez del acuerdo de arbitraje”.

75. En este sentido, también las mismas Cortes Arbitrales, por ejemplo, la Corte de Arbitraje del ICAM, en su artículo 8.a, regula que “Si la Corte estimase, *prima facie*, la posible existencia de un convenio arbitral de conformidad con el Reglamento, continuará con la tramitación del procedimiento arbitral (...), sin perjuicio de la admisibilidad o el fundamento de las excepciones que pudieran oponerse. En este caso, corresponderá a los árbitros tomar toda decisión sobre su propia competencia”. Y serán los árbitros los únicos facultados para decidir sobre su propia competencia, conforme al artículo 34 del mismo Reglamento.

¹⁰³ Tal y como se establece en el artículo 36 LA.

¹⁰⁴ Artículo 1255 Código Civil: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”.

76. La jurisprudencia ha reforzado esta posición, afirmando también que “no es propio del ámbito objetivo de este proceso suplantar la decisión del árbitro sobre su propia competencia, sobre el análisis de la validez del convenio arbitral – más allá de la verificación, prima facie, de su existencia y validez (Sentencia de esta Sala 4/2015, de 13 de enero),ni sobre la comprobación de la arbitrabilidad de la controversia; y mucho menos resulta competente esta Sala para entrar a decidir, sobre la controversia misma que ha surgido entre las partes: será, con toda obviedad, el Árbitro que en su caso hayamos de designar quien deba pronunciarse sobre las cuestiones controvertidas. Lo que decimos es también expresión de una regla claramente consagrada por el art. 22.1 LA, que, en palabras de la Exposición de Motivos de la LA -apdo. V, segundo párrafo-, «la doctrina ha bautizado con la expresión alemana *Kompetenz – Kompetenz*... Esta regla abarca lo que se conoce como separabilidad del convenio arbitral respecto del contrato principal, en el sentido de que la validez del convenio arbitral no depende de la del contrato principal y que los árbitros tienen competencia para juzgar incluso sobre la validez del convenio arbitral”¹⁰⁵.

3. La ética y la Inteligencia Artificial en el desempeño de la labor arbitral.

77. El árbitro tal y como se adelantaba ha sido elegido por las partes por reunir en su persona una serie de características profesionales y personales, además de capacidades que se le requieren para decidir sobre una controversia. Estas le son exigidas y, además, por esto se le está pagando¹⁰⁶. Se ha firmado un contrato con las partes, el cual deberá de cumplir, con la debida diligencia y conforme a los criterios éticos exigibles y según la *Lex Artis arbitralis*¹⁰⁷.

78. ¿Qué deberíamos entender en este caso por *Lex Artis arbitralis*? La *Lex Artis* es el saber propio que se le exige a un profesional para ejercer su trabajo, que además implica una responsabilidad por su actuar, en este caso en el desempeño de su actividad como árbitro¹⁰⁸. Su actuar es un hecho personalísimo, no lo puede delegar, porque ha sido elegido en nombre propio. De allí que la utilización de las herramientas informáticas, como la Inteligencia Artificial (en adelante IA), para redactar un Laudo o analizar la prueba no serían, desde mi punto de vista, una conducta éticamente aceptable. No es una persona física, como todos los reglamentos y leyes arbitrales así lo exigen¹⁰⁹.

79. Podríamos acudir a la definición de IA que realiza la Guía de Uso de la IA en el Arbitraje del *Chartered Institute of Arbitration* (2025). Esta Guía la define como un sistema con fundamento en la tecnología, para obtener objetivos de forma explícita o implícita, a partir de las órdenes que se han emitido para que emita predicciones, contenido, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en el entorno físico o virtual¹¹⁰.

80. Se ha discutido en el ámbito de la justicia ordinaria la utilización de la IA como una herramienta al servicio del juzgador para aliviar la carga judicial, en la realización de tareas monótonas. Lo que no se traslada al ámbito del arbitraje, ya que la sobrecarga judicial no se equipara. El arbitraje implica una dedicación casi exclusiva, o al menos de un tiempo específico al asunto concreto, y para

¹⁰⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Civil y Penal, Madrid, nº35/2024, STSJ M 1090/2025 - ECLI:ES:TSJM:2025:1090, disponible en: [STSJ M 1090/2025 - ECLI:ES:TSJM:2025:1090 - Poder Judicial](#)

¹⁰⁶ N. BLACKABY, C., PARTASIDES, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5th edition, Oxford University Press, 2009, p. 329.

¹⁰⁷ La *Lex Artis* en general se podría definir como el “alcance de los deberes, responsabilidades y derechos de los profesionales y los usuarios” como norma y guía del ejercicio profesional. Así ver: JA., SEOANE, “Lex Artis”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2022 (XXXVIII), p. 1.

¹⁰⁸ N. BLACKABY, C., PARTASIDES, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, op.cit., p. 327.

¹⁰⁹ Artículo 13 LA, Artículo 10 Ley Modelo CNUDMI.

¹¹⁰ CIARB, “Guideline on the Use of AI in Arbitration”, London, 2025, disponible en: [guideline-on-the-use-of-ai-in-arbitration_updated-sept-2025.pdf](#)

ello se dedican unos recursos materiales, lo que también supone que las capacidades del árbitro deben dedicarse a resolver ese asunto concreto.

81. En este punto habría que ver a la tecnología como un instrumento al servicio del árbitro y, solamente como una herramienta podría entenderse aceptable, por ejemplo, para realizar una tabla comparativa, un esquema, un volcado de datos, una transcripción de la audiencia; al igual que se utiliza un buscador, un traductor, o cualquier otro instrumento que facilite la labor arbitral, con el fin de potenciar su labor y lograr beneficios en cuanto a eficacia y calidad, e incluso reducción de costes del procedimiento¹¹¹. Pero nunca una valoración de prueba o un borrador de laudo, ya que allí es donde entra la capacidad decisoria de una persona física, requisitos éstos indispensables para ejercer como árbitro, que requiere la Ley y sólo el árbitro puede realizar con sus capacidades, y por las cuales, además, se le exigirá responsabilidad¹¹².

82. Así, por ejemplo, en España, recientemente (el 7 de noviembre de 2025) se ha puesto al servicio de la Carrera Judicial nuevas herramientas de Inteligencia Artificial incorporadas por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), como un asistente conversacional y la generación automática de resúmenes de documentos, que buscan aumentar la eficiencia del Estado de Derecho en la era digital. Se fomenta con estas herramientas la trazabilidad de la información, pero garantizando la protección de los derechos fundamentales, evitando sesgos que puedan incidir en grupos vulnerables, respetando la intimidad y la protección de datos de carácter personal, dentro de un entorno que garantiza la protección de la información¹¹³.

83. Ya también Europa se ha preocupado de este tema y dentro de la clasificación que otorga el Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n° 300/2008, (UE) n° 167/2013, (UE) n° 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (en adelante Reglamento de Inteligencia Artificial), en su considerando 61 clasifica como de alto riesgo a los sistemas de IA utilizados dentro de los procedimientos de resolución alternativa de conflictos y sus resultados surtan efectos para las partes. En este sentido determina que “la utilización de herramientas de IA puede apoyar el poder de decisión de los jueces o la independencia judicial, pero no debe sustituirlas: la toma de decisiones finales debe seguir siendo una actividad humana”¹¹⁴.

84. Esto podríamos decir que ocurre exactamente también cuando el o los árbitros acuden al apoyo técnico de un secretario arbitral para su labor. El secretario arbitral es aquella persona, experta también en el arbitraje que colabora con los árbitros, pero que no puede dictar el laudo, ya que esa labor está encomendada en exclusiva a los árbitros, ya que estos deben asegurar “individualmente el desempeño de todas las tareas inherentes al desempeño de su misión”¹¹⁵, ya que no les está permitido delegar sus funciones, a menos que expresamente esté permitido por las partes o por la ley aplicable¹¹⁶. El secretario arbitral podrá también utilizar este tipo de herramientas, pero dentro de los límites legales y éticos que se van estableciendo, y debe revelárselo al tribunal en la medida de su utilización. Lo que

¹¹¹ CIARB, “Guideline on the Use of AI in Arbitration”, op.cit., p. 4.

¹¹² CIARB, “Guideline on the Use of AI in Arbitration”, op.cit., pp. 5 y 16.

¹¹³ PODER JUDICIAL ESPAÑA, *El CGPJ pone a disposición de la Carrera Judicial nuevas herramientas de Inteligencia Artificial*, 07/11/2025, disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-pone-a-disposicion-de-la-Carrera-Judicial-nuevas-herramientas-de-Inteligencia-Artificial>

¹¹⁴ Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2024-81079>

¹¹⁵ JC., FERNÁNDEZ ROZAS, S., SÁNCHEZ LORENZO, G., STAMPA, *Principios generales del arbitraje*, op.cit, p. 193.

¹¹⁶ *Part 2. Rule 7 CIARB Code of Professional and Ethical Conduct for Members*, op.cit., p. 5. En el mismo sentido, punto 7 a ser tratado en la Conferencia Preliminar: el nombramiento del secretario del Tribunal, Artículo 2 CIARB, “*Managing Arbitrations and Procedural Orders*”, op.cit. p. 6.

tampoco exoneraría al árbitro si esta utilización acarreará algún tipo de responsabilidad, ya que en este caso en concreto aquí concurriría la debida diligencia de los árbitros, ya que estos son responsables por todas las actuaciones u omisiones de éstos, conforme al artículo 16 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (2021)¹¹⁷.

85. Esto implica que el sentido común es fundamental: la IA es una herramienta más al servicio de los árbitros, no es su sustituto; y, por tanto, se deberá ejercer una supervisión humana; y, en este caso concreto, incluso más exhaustiva. A ello también se ha dedicado el Reglamento de Inteligencia artificial en su artículo 14, al exigir la supervisión humana y alertar sobre posibles riesgos y sesgos, con el fin de prevenir y reducir al mínimo los peligros de seguridad, o cómo puede afectar a los derechos fundamentales su utilización. Especial atención pone el Reglamento en asuntos como lo que denomina el “sesgo de automatización”, que reduce la capacidad de alerta de la persona que debe tomar una decisión, al proporcionarle la herramienta la información o recomendaciones, limitándose el sujeto a validarlas de forma automática¹¹⁸.

86. Esto es precisamente lo que ha avalado también la jurisdicción argentina, al anular una condena por haber sido dictada una sentencia por un juez que había utilizado IA en la redacción del fallo y había dejado las instrucciones en el mismo. El Tribunal superior ha considerado que esta práctica ha vulnerado las garantías constitucionales y los derechos fundamentales¹¹⁹.

87. Referido a la justicia ordinaria, pero cuyos argumentos se pueden perfectamente trasladar a este ámbito, la profesora SONIA CALAZA afirma que “la justicia del resultado no es una construcción mera o exclusivamente algorítmica, sino la conjunción de un número de factores (todos ellos tamizados por la legislación, determinado tiempo y espacio): sensibilidad social, vulnerabilidad económica, interpretación legal, conformación de los conceptos jurídicos indeterminados, entre tantas otras realidades, se presenta cada día en la <<toma de decisiones>>”¹²⁰. Lo que implica que el árbitro debe realizar un análisis individualizado del caso concreto, y no una mera aplicación de datos existentes en bases de datos, aplicables de forma genérica, sin tener en cuenta la prueba que ha visto y escuchado, el comportamiento procesal de las partes, los efectos jurídicos que la decisión tendrá y la posible graduación de las consecuencias que podría realizar en función de estos criterios.

88. En este sentido, también diversas autoridades han abogado por garantizar el acceso a la conectividad y a los sistemas de creación y distribución del conocimiento, pero siempre con responsabilidad y transparencia, “puesto que su uso excesivo, descontrolado e indebido puede llegar a menoscabar derechos fundamentales”¹²¹.

89. Por tanto, estamos ante un cambio de paradigma necesario y del que no podemos abstraernos, pero que es necesario establecer límites claros y comprensibles para que la utilización de la IA esté al servicio de las personas, y sirva a su finalidad, y no entorpezca la justicia. La justicia es un derecho fundamental que solamente podrá siempre ejercer otro ser humano. Los árbitros o los jueces podrán valerse de distintas herramientas en su actuar, pero la labor de juzgar deberá realizarse a conciencia,

¹¹⁷ El artículo 16 regula la responsabilidad de los árbitros de la siguiente forma: “Salvo en caso de falta intencional, en la máxima medida que permita la ley aplicable, las partes renuncian a cualquier reclamación contra los árbitros, la autoridad nominadora y cualquier persona designada por el tribunal arbitral por actos u omisiones relacionados con el arbitraje”, disponible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/21-07999_ebook_s.pdf

¹¹⁸ Artículo 14.4.b, Reglamento de Inteligencia Artificial

¹¹⁹ Cámara de lo Penal, Circunscripción judicial de Noreste de Chubut, 15 de octubre 2025, ARANZADI, “Valoraciones a la sentencia anulada en Argentina por uso indebido de Inteligencia Artificial por parte del juez: ¿Qué pasaría en España?”, *Diariolaley*, 20/10/2025.

¹²⁰ S., CALAZA LÓPEZ, “Inteligencia Artificial e Inteligencia Natural de la Justicia: Enemigas íntimas por más de diez Razones y una «sinrazón»”, en *Diario LaLey*, n°99, Sección Ciberderecho, 22 de octubre, 2025, p.1.

¹²¹ AJ., TAPIA HERMIDA, “Inteligencia Artificial y Tribunal Constitucional: Declaraciones del Presidente del TC”, en *El Blog de Alberto J. Tapia Hermida*, 11/11/2025, disponible en: <https://ajtapia.com/2025/11/inteligencia-artificial-y-tribunal-constitucional-declaraciones-del-presidente-del-tc/>

analizando y valorando una serie de elementos que, una herramienta, o una tecnología no es capaz, porque se limitará a juntar piezas de un puzzle. El ser humano añade piezas que no forman parte de ese puzzle y le da el sentido que se precisa para el caso concreto, y así se dicta la sentencia o el laudo, y se hace justicia para unas personas concretas, con unas circunstancias específicas. La tecnología no es neutral y está programada con una serie de algoritmos que podrían influir en las decisiones, o tener fallos, que en última instancia deben ser corregidos por un ser humano. Por tanto, la supervisión no es opcional, sino que es una necesidad y una responsabilidad de los árbitros, que la deberán realizar con la debida diligencia propia de su labor¹²².

90. Esto porque, con la poca o mucha experiencia que ya se tiene en el sector, se ha demostrado que se producen “alucinaciones”, o lo que serían resultados que podrían ser plausibles, pero que son “incorrectos, engañosos o inconsistentes con las fuentes legales autorizadas”¹²³, y esto solamente un técnico o especialista humano es capaz de detectarlo. En diversos estudios se citan tasas de error de entre el 17% y el 33%, e incluso ya ha habido sanciones a abogados por incluir citas o fuentes inexistentes de datos, jurisprudencia o legislación, generadas por ChatGPT¹²⁴.

91. Por tanto, se podría utilizar la IA, sí. Pero con responsabilidad y transparencia¹²⁵, al igual que cualquier otra herramienta al servicio del arbitraje, estableciendo también garantías técnicas, de exactitud y posibles auditorías¹²⁶. Reconociendo y revelando su utilización y en qué medida, con el fin de preservar la validez y la ejecutabilidad del laudo, y darles así a las partes la oportunidad de hacer valer sus derechos¹²⁷.

IV. Conclusiones

92. En este estudio se ha analizado el avance que ha tenido el concepto del arbitraje, la arbitralidad y el rol del árbitro desde la perspectiva jurisprudencial. Se ha podido observar cómo cada vez más se han ido incorporando conceptos y prácticas de *soft law*, ya generalizadas en otras latitudes, como, por ejemplo, las Directrices de la IBA sobre conflictos de interés que brindan un elemento objetivo sumamente útil para el árbitro, las partes y el juez en su momento.

93. El arbitraje no es un procedimiento que se mantiene incólume al transcurrir del tiempo, ni su estudio se puede estancar, sino que requiere de una constante actualización, ya que la práctica, los usos y las necesidades van planteando retos no solamente a las partes que mantienen un litigio, sino para los árbitros que son los encargados de resolverlos, quienes en última instancia deberán fundamentar la decisión y ésta deberá ser válida y ejecutable según los términos inicialmente planteados por aquéllas.

94. Pero para ello deberán realizar un ejercicio constante de transparencia que se refleja en la revelación de posibles conflictos de interés, en su forma de tomar las decisiones, en las herramientas en que utilizan; todo enmarcado dentro de un deber estricto de responsabilidad sobre su actuación y del de las personas que de él dependen.

¹²² CIARB, “Guideline on the Use of AI in Arbitration”, op.cit., p. 9.

¹²³ V., MORENO, “La ‘alucinación del usuario’, el principal reto de la IA en el sector legal”, en: Expansión, Sección: ECONOMÍA Jurídico, Edición: Jurídico, W005, Publicado:04/11/2025, p. W004, disponible en: <https://mynmedia.mynews.es/intelligence/C2200219/document/9823/EXN202511049517/?fromEmail=True>; en el mismo sentido: CIARB, “Guideline on the Use of AI in Arbitration”, op.cit., p. 2.

¹²⁴ V., MORENO, “La ‘alucinación del usuario’, el principal reto de la IA en el sector legal”, op.cit., p. W004.

¹²⁵ CIARB, “CIARB Framework Guideline on the Use of Technology in International Arbitration”, op.cit., p. 4.

¹²⁶ También es importante vigilar que las empresas o personas que utilicen la IA, no lo hagan con el fin de aprovecharse para obtener otro tipo de beneficios, que es lo que se conoce como *techwashing*. Ver: J., VELASCO, “Ojo, empresario: hacer posturo digital puede poner fin a su negocio”, en CincoDías, 19/11/2025, disponible en: [Ojo, empresario: hacer posturo digital puede poner fin a su negocio | Legal | Cinco Días](#)

¹²⁷ CIARB, “Guideline on the Use of AI in Arbitration”, op.cit., p. 13.

No forum beyond the EU Charter: RFC Seraing and the constitutional reordering of sports arbitration

Ningún foro más allá de la carta de la Unión Europea: RFC Seraing y la reconfiguración constitucional del arbitraje deportivo

FRANCESCO SEATZU

Full Professor of International Law
Univ Cagliari

SARA TONOLO

Full Professor of International Law
Univ. Padova -

Recibido:02.10.2025 / Aceptado:16.01.2026

DOI: 10.20318/cdt.2026.10298

Abstract: This paper critically explores the implications of the CJEU judgment in RFC Seraing v. FIFA (C-600/23), an original judicial precedent reconfiguring the relationship between arbitral autonomy and the primacy of EU constitutional law. By imposing on national courts the investigation into arbitral awards for consistency with fundamental Charter rights, the judgment flouts the long assumptions about arbitral finality particularly when translated into the arena of sports governance. The paper explores both the normative insights and the structural challenges evoked by the line of reasoning of the CJEU on the assumption it relies on the contested ideal type of the “genuine consent” and discusses the little it says on the systemic role assigned to arbitration. While the ruling stabilises judicial responsibility and the ambit of European union law, it paves the way to legal fragmentation, forum shopping, and regulatory indeterminacy. The paper situates the ruling into broader discourses on constitutional pluralism and transnational adjudication on the assumption that a more harmonious regime is necessary to balance the protection of fundamental rights with the integrity of the arbitration.*

Keywords: Sports arbitration; arbitral autonomy; fundamental rights; Charter of Fundamental Rights of the EU; constitutional pluralism; sports governance; transnational adjudication.

Resumen: Este artículo examina de manera crítica las implicaciones de la sentencia del TJUE en RFC Seraing c. FIFA (C-600/23), un precedente judicial innovador que reconfigura la relación entre la autonomía del arbitraje y la primacía del derecho constitucional de la Unión Europea. Al imponer a los tribunales nacionales la obligación de examinar los laudos arbitrales a la luz de su compatibilidad con los derechos fundamentales consagrados en la Carta, la sentencia cuestiona supuestos largamente asentados sobre la definitividad del arbitraje, especialmente cuando estos se proyectan en el ámbito de la gobernanza deportiva. El trabajo analiza tanto los aportes normativos como los desafíos estructurales que se desprenden del razonamiento del TJUE, partiendo de la premisa —controvertida— del tipo ideal del “consentimiento genuino”, y pone de relieve el escaso desarrollo que la sentencia dedica al

The Contribution is the output of common research of the Authors and represents their shared opinion. However, paras. I, II, 2.1., 2.2., 2.3. are to be attributed to Sara Tonolo; paras. III, 3.1., 3.2., 3.3., IV to Francesco Seatzu.

papel sistémico atribuido al arbitraje. Si bien la decisión refuerza la responsabilidad judicial y delimita con mayor claridad el alcance del derecho de la Unión Europea, también abre la puerta a fenómenos de fragmentación jurídica, forum shopping e indeterminación regulatoria. El artículo sitúa la sentencia en el marco de debates más amplios sobre el pluralismo constitucional y la adjudicación transnacional, partiendo de la idea de que resulta necesario avanzar hacia un régimen más armónico que permita equilibrar la protección de los derechos fundamentales con la integridad del sistema arbitral.

Palabras clave: Arbitraje deportivo; autonomía arbitral; derechos fundamentales; Carta de Derechos Fundamentales de la UE; pluralismo constitucional; gobernanza deportiva; adjudicación transnacional.

Sumario: II. Introduction. II. The Legal Anatomy of the RFC Seraing Judgment. 1. The Case Background: Arbitration and Unilateral Imposition. 2. The Principle of Effective Judicial Protection. 3. Balancing Party Autonomy and Constitutional Supremacy. III. Systemic and Practical Consequences: Reforming or Undermining Sports Arbitration? 1. Erosion of Arbitral Finality and the Role of National Courts. 2. Positive Contributions: Constitutional Reach and the Limits of Private Autonomy. 3. Negative Externalities: Legal Fragmentation, Strategic Litigation, and the Erosion of Predictability. IV. Final conclusions: Recalibrating Arbitral Autonomy in a Multilevel Constitutional Order.

I. Introduction

1. The formally institutionalized tension between the independence of arbitral tribunals and the primacy of the European Union law reappears with specific vigor in the recent preliminary ruling by the Court of Justice of the European Union (CJEU) in *RFC Seraing v. International Federation of Association Football (FIFA)* (C-600/23)¹. Instead of representing a standard reassertion of settled dicta, the ruling casts into sharp relief an original conflict pitting the logic of private adjudication against the necessities of supranational constitutionalism. By doing this, it reopens an important line of question: to what degree can arbitral procedures—particularly in structurally isolated sectors such as international sports governance—function autonomously from the regime of judicial assurance imposed by the European union law?

2. Central to the challenge before the judiciary is the question whether the arbitral institutions and panels, the Court of Arbitration for Sport (CAS) being an example, can maintain their procedural autonomy in the event EU fundamental freedoms and rights are involved. Hitherto, sports arbitration had been accorded an extensive degree of deference due to the conditions of functional necessity, transnational uniformity, and institutional specialisation. However, the said approach had also evoked the concern over asymmetries of power, limited scope for appeal, and the danger of dilution of individual legal protections.² The *RFC Seraing* judgment appears to defy the usual normative consistency of the said exceptionalism by reaffirming that the enforcement and application of EU law cannot be excluded by contractual choice or institutional convenience.

3. From a doctrinal standpoint, the judgment may be interpreted as part of a larger line in the CJEU's jurisprudence, one wherein the Court claims an extensive interpretation of its controlling function toward non-state adjudication. Just as arbitration is frequently framed as a voluntary and depoliticized alternative to litigation, the ruling casts significant doubts upon whether such framings remain viable when arbitral awards have binding legal effects within the European legal order and engage norms of constitutional status. The tension between arbitral independence and legal accountability long recognized yet customarily muted now requires an explicit accounting both doctrinally and institutionally.

4. This paper endeavors to critically examine the legal and practical impact of the *RFC Seraing* decision. The first section traces the legal foundations of the Court's reasoning, essentially concentra-

¹ *RFC Seraing v. International Federation of Association Football (FIFA)* (C-600/23), ECLI:EU:C:2025:617.

² A. DUVAL, *Lex Sportiva: A Playground for Transnational Law*, in *European Law Journal*, 2013, 19, p. 822 ss.; Id, *Seamstress of Transnational Law – How the Court of Arbitration for Sport Weaves the Lex Sportiva*, in N. KRISCH (ed.), *Entangled Legalities Beyond the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022, p. 260 ss.; A. RIGOZZI, *Challenging Awards of the Court of Arbitration for Sport*, in *Journal of International Dispute Settlement* 1, 2010, pp. 217-265.

ting on the coherence—or lack thereof—between arbitral immunity and the duties and responsibilities imposed by European union law. It examines the manner the Court frames arbitration within the EU's constitutional system, and the extent to which arbitral proceedings remain subject to judicial examination when core rights and freedoms are at stake.

5. The second part takes considerations of the systemic and practical impact of the judgment into account, especially the dynamic position shift of CAS within the international sports arbitration system. It challenges the impact on the functionality, legitimacy, and architecture of norms of transnational sport conflict settlement due to intensified judicial examination. In addition, it touches on the broader considerations towards the arbitration regime within the EU, especially potential inconsistencies between legal integration and the independence of special adjudicatory bodies. By locating the *RFC Seraing* in a broader debate on the legal power, institutional responsibility, and limits of private adjudication, the current paper aims to participate in an ongoing re-assessment of the role of arbitration in a multilevel constitutional order. Instead of viewing the case as a singular event, it regards it as an important location through which the normative limits of adjudicative legitimacy are being dynamically re-defined.

II. The Legal Anatomy of the *RFC Seraing* Judgment

1. The Case Background: Arbitration and Unilateral Imposition

6. The beginnings of the *RFC Seraing v. FIFA* case date back to disciplinary action brought by the Fédération Internationale de Football Association (FIFA) against the Belgian football club RFC Seraing. The contention involved the club making use of third-party ownership (TPO) agreements—contractual arrangements by virtue of which an independent investor purchases a percentage of the economic rights of a football player, customarily in expectation of future transfer fees. While formerly rife in the football market, these agreements were officially outlawed by FIFA in 2015 on the basis that they threatened the integrity and independence of clubs and skewed the operation of the transfer market. After the enforcement of this regulatory ban, FIFA punished RFC Seraing for its persistent usage of such arrangements. As part of an effort to challenge the sanction, the club had to take its claim before the Court of Arbitration for Sport (CAS), pursuant to the mandatory arbitration clause built into FIFA's rulebook. This clause, alongside others that international sports federations alike implement, is non-negotiable: it constitutes a vital term of association to organized football. Consequently, clubs like RFC Seraing lose the right to access conventional national courts even when the present dispute evokes problems basically legal.

7. This situation prompted the Belgian court hearing the case to send a preliminary question to the Court of Justice of the European Union (CJEU) due to doubts about the compatibility of the above-mentioned obligatory arbitration mechanism with Article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFR) on the right to an effective remedy before an independent and impartial tribunal established by law. The referring court was referring specifically to the absence of voluntariness on the part of the arbitration agreement and the practical impossibility of the club having access to the public courts to protect its freedoms and rights.

8. The CAS, although technically a private arbitral body seated in Lausanne and hence beyond the territorial jurisdiction of the European Union,³ occupies a key position within the global regulation of sport, especially through the exercise of an exclusive right to try appeals against decisions reached by international bodies such as FIFA⁴. Traditionally, CAS had functioned significantly on a plane of ins-

³ CAS 98/2000, *AEK Athens and SK Slavia Prague v. Union of European Football Associations (UEFA)*, § 10: in this case, the applicability of the EU competition rules was recognized, as they were deemed provisions of mandatory application pursuant to Article 19 of the Swiss Private International Law Act.

⁴ Art. 49 FIFA Statutes: 1. FIFA recognises the independent Court of Arbitration for Sport (CAS) with headquarters in Lausanne (Switzerland) to resolve disputes between FIFA, member associations, confederations, leagues, clubs, players, officials, football agents and match agents.

titutional independence and had been shielded from vigorous judicial challenge by national courts—a shielding that had its basis both in the extraterritorial siting of the CAS and the necessity to preserve the efficacy and integrity of the international sports adjudicatory process.

9. Nevertheless, the CJEU judgment in *RFC Seraing* brings an important change to this line of reasoning. The Court explicitly stated that the private or foreign nature of an arbitral body does not exempt it from the requirement to respect the fundamental rights safeguarded by Union law when its deliberations confer legal effects within the EU. Specifically, the Court underlined that arbitration processes imposed unilaterally—without the real consent of the involved parties—may not be employed to evade the essential safeguards enshrined by the Charter, such as the right to judicial protection.

10. By orienting itself towards the material effects of the arbitral procedure instead of its formal features, the Court took on a functional approach to jurisdiction. It found that although CAS acts extra-EU, its rulings have a direct impact on legal subjects within the EU and deal with issues falling within the scope of EU law, e.g., the economic freedoms of clubs and the individual freedoms and rights of persons.⁵ By doing this, the Court challenged whether institutional autonomy, when reinforced by the force of international regulatory institutions and imposed through standard-form arbitration clauses, can be made compatible with the commitment of the European Union towards fundamental freedoms and rights.

11. The scenario of RFC Seraing accordingly reveals a broader tension between supranational constitutionalism and regulatory private ordering. When access to justice is narrowly circumscribed by the design of institutions, and when the balance among powers among disputing parties is structurally asymmetric, the presupposition that arbitration is an issue of voluntary settlement of disputes comes to be legally and conceptually frail. The case raises intriguing queries as well as challenges relative to the validity of closed adjudicatory systems within regimes of transnational governance, particularly when the systems take their course virtually with the consequence of exclusion of EU-based actors from the safeguards of the legal order of the Union.

2. The Principle of Effective Judicial Protection

12. The ideal of effective judicial protection plays a cornerstone role in the European Union's constitutional framework serving both as a procedural assurance and a material requirement for the application of Union law. Enshrined in Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFR), and strongly ingrained among the general principles of EU policy and law, and in art. 6 ECHR⁶ the standard plays an important role in drawing the allowable limits of alternative forms of dispute resolution mechanisms—especially where the mechanisms come into play with asymmetries of power, regulatory unilateral action, and the externalization of adjudicative power.

13. The *Seraing RFC* case provides a chance to scrutinise the implications of effective judicial protection in a situation where arbitration is neither classical consensual nor integrated into the Union judicial architecture. Although arbitration as a procedure is neither per se incompatible with the safeguards of Article 47,⁷ its validity in the EU legal order cannot be taken for granted when access to ordinary courts

² The provisions of the CAS Code of Sports-related Arbitration shall apply to the proceedings. CAS shall primarily apply the various regulations of FIFA and, additionally, Swiss law.

[...]

⁵ See: CJEU, 1st August 2025, C-600/23, *Royal Football Club Seraing SA c. Fédération internationale de football association (FIFA), Union des associations européennes de football (UEFA), Union royale belge des sociétés de football association ASBL (URBSFA)*, ECLI:EU:C:2025:617.

⁶ F. Shahlaei, *A Jurisdictional Vertigo: Compulsory Arbitration, Sports and the European Court of Human Rights*, in *Journal of Human Rights Practice* 16, 2024, pp. 869-885.

⁷ Opinion of The Advocate General Ćapeta delivered on 16 January 2025, Case C-600/23, *Royal Football Club Seraing*

is excluded contractually by a term imposed unilaterally, and when the arbitral forum is structurally isolated from EU judicial control. This opens a set of normative tensions that go beyond the particulars of the case and involve the general question of how much the autonomy of private or hybrid adjudicative bodies may go without jeopardizing the enforceability of European union rights and freedoms.

14. At stake is not the substantive validity of arbitration clauses, but the terms on which such clauses may coexist compatibly with the constitutional requirements of the EU. When arbitration acts as a *de facto* exclusive jurisdiction—it is imposed as a pre-condition to membership in a regulated market or sector—it ceases to be an alternative mechanism freely adopted by the parties and becomes instead an instrument of institutional closure. In those environments, the lack of real consent takes on constitutional significance: it destroys the assumptions on which alternative dispute resolution is founded—that it is based on party autonomy—and puts in question the notion that procedural efficiency may justify the dislocation of judicial guarantees.

15. In addition, the extraterritorial nature of certain arbitral bodies, e.g., the Court of Arbitration for Sport (CAS), adds an additional layer of complexity. Those bodies, though notionally autonomous, lie outside the EU's normative and institutional framework and escape substantive control by courts under an obligation to apply EU law. This institutional lack of transparency and jurisdictional isolation make it difficult on two significant fronts to ensure effective judicial protection:⁸ firstly, by denying Union-founded parties effective access to a forum which may apply and interpret EU law; secondly, by preventing the realization of the uniformity and primacy of the same law in sectors where it is practically involved.

16. For such purposes, the notion of effectiveness cannot be thought as a formally void standard—not satisfied by the legal existence of an adjudicatory channel—but instead as a qualitative one entailing access to the judicial organs institutionally and normatively enabled to apply the rights conferred by the Union law. The effectiveness of judicial protection requires both access to procedure and institutional inclusion into the legal order of the Union on the one hand, namely the possibility of the adjudicator to interact with, interpret, and apply the EU law accordingly to its teleology and vertical hierarchy.

17. From this vantage point, regimes of arbitration that externalize the power of adjudication while at the same time closing off access to the courts of law present basic questions about the coherence of the constituent framework of the Union. They provoke inquiry into the possibility whether the transfer of the settlement of disputes into such platforms is ever reconcilable with the need to ensure the Union freedoms and rights are protected judicially in a way which is not merely formal, but substantively effective. In instances where the same is imposed not merely as a regime, but structurally insulated from the mechanisms of judicial review offered under EU law, the danger is not just one of procedural ineffectiveness, but systemic evasion of the guarantees of the constitution.⁹

18. The wider importance of *RFC Seraing*, accordingly, does not reside within any doctrinal originality on its part, but rather within the insight it offers into an emerging structural challenge: adapting the intensifying dependence on transnational, non-state adjudication to the constitutional requirements for effective judicial protection within the EU. As institutionalized arbitration extends to numerous regulatory sectors—from sport to finance, from investment to competition—the terms on which it takes place must be rigorously re-evaluated not merely on the autonomous party level, but on the larger requirement that any right and freedoms under European union law must remain enforceable within a context of judicial accountability.

^v *FIFA et al.*, ECLI:EU:C:2025:24, § 122.

⁸ See: CJEU, C-124/21 P, *International Skating Union (ISU) v. Commission*, 21 december 2023, ECLI:EU:C:2023:1012.

⁹ CJEU, 1st August 2025, C-600/23, *Royal Football Club Seraing SA v. Fédération internationale de football association (FIFA)*, *Union des associations européennes de football (UEFA)*, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL (URBSFA)*, par. 78

3. Balancing Party Autonomy and Constitutional Supremacy

18. The decision in *RFC Seraing* opens again, especially insightfully, the systemic tension between the ideal of party autonomy long cherished in the scholarship on arbitration¹⁰ and the precedence of constitutional norms within the European Union legal order. The Court's attempt to inscribe a demarcation line between voluntary and imposed arbitration within hierarchically structured regimes of regulation is a valuable contribution to an older debate. At the core of the reasoning lies a normative claim: that the arbitral jurisdiction, when detached from real consent and employed by authorities exercising quasi-public regulatory powers, should defer to the constitutional protections of Union law.

19. This ruling elicits both support and criticism. On the one hand, the reasoning of the Court is appealing to those who perceive the growth of private adjudication—especially where there is structural asymmetry involved—as a danger to core rights and democratic accountability. Arbitration terms imposed as a prerequisite to market access or professional activity such as those that were rife in international sports management evoke strong doubts about the possibility of procedural autonomy, institutional neutrality, and effective legal redress. On this view, the intervention of the Court plays a corrective role: it reaffirms the proposition that the constitutional right cannot be ousted by contract, particularly where arbitration is made a prerequisite to access to a closed regulatory regime. In this respect, the argument about “genuine consent” is neither an abstract formalism, but rather an indispensable juridical instrument to differentiate private ordering on the basis of free will from quasi-coerced institutional arrangements.

20. Furthermore, the Court's position is consistent with an overall pattern in Union jurisprudence that aims to safeguard the coherence and enforceability of EU law despite the existence of alternative normative regimes. The constitutional necessity to afford effective judicial protection, consistent application of Union law, and access to the independent tribunals supports a greater level of vigorous examination of the arbitral regimes that fall beyond the jurisdiction of EU courts. The neutrality of arbitral institutions, their receptivity to EU law, and the enforceability of fundamental freedoms within their proceedings are not matters of lesser importance, but requirements of their compatibility with the EU legal order.

21. But the Court's approach also reveals conceptual vagaries and institutional dangers.

First, the use of the notion of “genuine consent” as a threshold of constitutional acceptability is both normatively precarious and operationally evasive. Consent, in legal thought, is notoriously difficult to specify absolutely, particularly in contractual contexts marked by systemic asymmetries, economic dependency, or functional standardization. In the sports arbitration context, consent is seldom individual or negotiated; it is group-based, sectoralized, and institutionalized. That the parties assent to these provisions as a term of regulatory involvement does not mean that the parties were ignorant of their contentions, nor does it mean the system is somehow illegitimate. In disqualifying such consent as inadequate, there is a danger of imposing a legal fiction of voluntariness that may fail to capture the concrete dynamics of regulatory regimes.

22. Secondly, the reasoning does not satisfactorily engage the pragmatic and structural role of specialist arbitration, especially in areas such as sport, where expeditionality, specialism, and worldwide consistency are universally recognized. By making arbitral autonomy subservient to the variable standard of “genuine consent,” the Court potentially undermines the predictability and consistency of long-developed transnational systems of arbitration. The wider concern is that other institutional systems of arbitration—also beyond sport—will now come under greater legal uncertainty, since their validity will depend on levels of consent and procedure worked out by the judiciary rather than the rules agreed by the arbitral institutions.

¹⁰ M. Blessing, *Mandatory Rules of Law versus Party Autonomy in International Arbitration*, in *Journal of International Arbitration*, 1997, 14, pp. 23-40.

23. Furthermore, the binary distinction between consensual and imposed arbitration drawn by the Court underestimates the complexity of legal pluralism in a globalized legal space. Many arbitration regimes operate in a grey zone between public and private, voluntary and mandatory, national and transnational. The attempt to map these regimes onto a rigid constitutional hierarchy may fail to accommodate the functional differentiation of adjudicatory forms, especially where traditional state structures are ill-equipped to handle sector-specific disputes.

24. Therefore, although the Court's stand is normatively justifiable and possibly indispensable in light of the erosion of judicial control in certain transnational areas, its formulation is incomplete and subject to challenge. Needed instead is not an absolute reunciation of institutional arbitration, but rather an enhanced framework of measuring its legitimacy relative to constitutional norms. This must transcend the evaded yardstick of consent and refer instead to institutional assurances of independence, transparency of procedure, and access to reviewing mechanisms effective to ensure conformity with EU law. Here the RFC Seraing decision makes a significant contribution to the development of an EU constitutional theory of arbitration, although the latter is done by creating new rather than bridging existing fault lines. The problem the future poses is the development of a list of requirements that would divide the acceptable from the constitutionally unsuitable regimes of arbitration without disturbing the wider ecosystem of private adjudication on which increasingly large sectors of industry come to rely.

III. Systemic and Practical Consequences: Reforming or Undermining Sports Arbitration?

1. Erosion of Arbitral Finality and the Role of National Courts

25. The ruling in *RFC Seraing* conclusively redefines the long-authoritatively contentious dynamic between arbitral finality and the national judiciaries' reviewing role within the EU legal order. By finding that national courts ought to be empowered—to say, bound—to verify whether awards made by arbitral institutions such as the Court of Arbitration for Sport (CAS) respect the substantive rules of European union law, the Court of Justice encapsulates a rule explicitly contrarian to an erroneous cornerstone of international arbitration: the assumption of finality. In doing so, the ruling redefines national courts no longer as marginal players relegated to control over procedure, but instead as vibrant gatekeepers of the constitution responsible for ensuring that no arbitral award whatever, be it procedurally right or institutionally rooted, evades the reach of the protection under the fundamental rights.

26. The normative argument underlying this position is uncontroversial: when arbitral rulings generate legal effects within the Union and engage EU-based actors, it would be incongruent with the constitutional character of the EU legal order to allow those rulings to remain immune to the control of the judiciary. In this respect, the judgment fortifies the enforceability of Union law within a pluralistic adjudicatory sphere, assuring that rights and freedoms drawn from the Treaties are neither frustrated by procedural obstacles nor private institutional design. The approach thus reasserts the primacy and justiciability of EU norms even within areas long subjected to non-state adjudication.

27. But this argument also raises great concern about the systemic effect on bringing substantive review back into a system founded on efficiency, finality, and deference to the autonomy of the arbitral. One cornerstone of international arbitration—particularly in the commercial and sporting sectors—is the very fact that awards are binding and enforceable with minimal judicial intervention. The 1958 New York Convention, to which every EU Member State is a contractual party (but not the EU itself), evidences this philosophy by restricting the bases on which recognition or enforcement may be refused largely to procedural defects, public policy, and rudimentary due process considerations.¹¹ The Court's role in

¹¹ On the NY Convention, see: R. Luzzatto, *Accordi internazionali e diritto interno in materia di arbitrato: la convenzione di New York del 1958*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1968, p. 24 ff.; Id., *Accordi internazionali e diritto interno in materia di ar-*

RFC Seraing injects a manifestly constitutional exception into this scheme: the requirement to review the awards for compatibility with EU fundamental rights and freedoms.

28. From a functionalist viewpoint, the development threatens to divide the consistent application and enforceability of arbitral awards. As national courts within the European Union are now empowered—or required—to conduct substantive review where EU law is in play, the mutual recognition principle may be overwhelmed by a patchwork of jurisdictional determinations, shaped by domestic perceptions of the scope and content of Union rights and freedoms. Legal certainty, hitherto considered a virtue of arbitration,¹² may be defeated by delayed litigation and conflicting determinations, eating away the very rationale that underlies the employment of arbitration in transnational industries like sport.

29. Moreover, the approach is likely to introduce tensions among international legal needs and EU constitutional claims. National courts may find themselves caught between their duty under the New York Convention to apply foreign awards and their duty under Union law towards effective judicial protection. The Court does neither definitely rule out the normative conflict nor does it offer an exemplar on balancing the opposing imperatives of international comity and supranational constitutionalism. This lacunae places national judges into structural vulnerability, particularly in those Member States where the judiciary already stands under political or institutional strain.

30. That said, one cannot ignore the transformative potential of the Court's intervention. By elevating the role of national courts as conduits for constitutional control over arbitral proceedings, the CJEU reaffirms the principle that no adjudicatory system, however specialized or autonomous, can exist in a vacuum, free from the oversight mechanisms that safeguard fundamental legal norms. In this respect, the decision invites a reconceptualization of the role of domestic courts not merely as executors of arbitral enforcement, but as institutional guardians of the Union's constitutional space, even when operating at the intersection of transnational and private regimes.

31. Critically, however, the judgment leaves unresolved the question of proportionality: to what extent can judicial oversight expand without eroding the core attributes of arbitration as an alternative to litigation? The Court offers no principled criteria for delimiting the scope of substantive review, nor does it clarify whether all categories of EU rights and freedoms trigger such obligations, or only those considered fundamental in a narrow sense. The risk, in the absence of such clarification, is that the distinction between procedural and substantive review collapses, giving rise to an open-ended form of constitutional control that undermines the predictability of arbitral enforcement.

32. As part of the Court's larger logic, the RFC Seraing decision accordingly solidifies an arbitration vision that is subordinated to the Union's constitutional architecture regardless of its international nature or institutional lineage. The requirement on the primacy of fundamental freedoms and rights — which is realized through national control by the courts — reasserts domestic courts as the institutional broker between supranational legality and arbitral independence. This move is consistent with the Court's pre-existing jurisprudence on the indivisibility of Union liberties and its opposition to the development of autonomous legal regimes that exist free from constitutional control.¹³

33. Yet, precisely because it reinforces this model of constitutional embeddedness, the decision amplifies existing uncertainties surrounding the limits of arbitral autonomy in the internal market. The absence of a clear threshold delimiting when and how national courts are to engage in substantive re-

bitrato: la convenzione di Ginevra del 21 aprile 1961, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1971, p. 47 ff; Id., *International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1977-IV, p. 9 ff.

¹² Opinion of The Advocate General Capeta delivered on 16 January 2025, Case C-600/23, *Royal Football Club Seraing v FIFA et al.*, ECLI:EU:C:2025:24, § 133.

¹³ CJUE, 1st June 1999, in C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV*, ECLI:EU:C:1999:269; 26 ottobre 2006, C- 168/05, *Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL*, ECLI:EU:C:2006:675.

view opens the door to doctrinal indeterminacy, institutional friction, and practical inconsistency across Member States. Where arbitral finality has traditionally functioned as a structural safeguard for procedural efficiency and legal predictability,¹⁴ the Court's intervention destabilizes that safeguard without offering a fully elaborated alternative.

34. What is revealed instead is a redefinition of the national court's role—not as the passive enforcers of arbitral enforcement, but rather as normative arbiters charged with screening awards through the prism of EU constitutional norms.¹⁵ Though this trend may increase the legal liability of private adjudicatory systems, it imposes enormous interpretive demands on domestic judiciaries and poses the real danger of greater fragmentation to the recognition and enforcement of international arbitral awards within the Union.¹⁶

35. This tension –between the need for judicial protection and the pressures on legal certainty– echoes through the Court's argument.¹⁷ It betrays a greater structural ambivalence within the EU's developing relationship to non-state dispute resolution: one which acknowledges the practical usefulness of arbitration even as it insists that such usefulness cannot be purchased at the cost of constitutional coherence and enforceability. Whether such recalibration is possible without destroying the inner logic of arbitration is a question of substantial significance both to doctrinal development and institutional design.

2. Positive Contributions: Constitutional Reach and the Limits of Private Autonomy

36. The reasoning built into RFC Seraing does posit a straightforward position on long-malinalable doubts about the constitutional reach of transnational private rule of law and the norm preconditions under which the arbitral tribunal's power might co-exist within the European legal order. Rather than offering a doctrinal explanation on the decision, the worry here is the broader legal and theoretical challenges on which the ruling offers a constructive input, particularly the interrelationship between arbitral independence and the protection of the fundamental freedoms and rights safeguards.

37. It marks the first important contribution to the elucidation of the functional scope of Union law. The ruling enforces an increasingly apparent principle in EU case-law: that the scope of application of constitutional safeguards does not depend on the formal character of the decision-maker, but on the material impact of its decisions within the EU legal order. This functional approach enables the law to apply to private regulatory regimes that, although formally located outside the institutional architecture of the EU, confer binding effects on EU-based actors.¹⁸ In doing so, the judgment helps to close the accountability gaps that result when normative power is delegated to bodies that escape the limits of public law. It reiterates that constitutional control follows the flow of normative power irrespective of its institutional provenance.

38. Another area where the judgment provides a substantive input is the refashioning of the role of the national court within a multilayered adjudicatory complex. By requiring domestic courts to vet

¹⁴ H. Kronke, P. Nacimiento, D. Otto, N.C Port (a cura di), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, II ed., Alphen aan den Rijn, 2025.

¹⁵ CJEU, 1st August 2025, C-600/23, *Royal Football Club Seraing SA v. Fédération internationale de football association (FIFA), Union des associations européennes de football (UEFA), Union royale belge des sociétés de football association ASBL (URBSFA)*, § 89.

¹⁶ CJEU, 1st August 2025, C-600/23, *Royal Football Club Seraing SA v. Fédération internationale de football association (FIFA), Union des associations européennes de football (UEFA), Union royale belge des sociétés de football association ASBL (URBSFA)*, § 103.

¹⁷ CJEU, 1st August 2025, C-600/23, *Royal Football Club Seraing SA v. Fédération internationale de football association (FIFA), Union des associations européennes de football (UEFA), Union royale belge des sociétés de football association ASBL (URBSFA)*, § 89.

¹⁸ L. Fumagalli, *Ordine pubblico dell'Unione e controllo giurisdizionale effettivo dei lodi emessi dal Tribunale arbitrale dello sport (TAS), ...ma non solo: la Corte di giustizia si pronuncia nel caso Seraing*, in Eurojus, 2025, 3.

the compatibility of arbitral awards with the core rights enshrined within the Charter, the Court enhances their role as constitutional intermediaries. This redefines the national court role from passive executors of arbitral finality to active custodians of constitutional coherence particularly where non-state adjudication intersects with the enforcement of Union law. This refashioning cements the horizontal integration of fundamental rights and lends structurally consistent Charter application across regimes.

39. Just as important is the ruling's discussion of the horizontal aspect of the protection of fundamental rights. The reasoning is conducive to an interpretation of the Charter as placing restrictions on both public authorities and private actors that play norm-shaping or adjudication roles with regulatory effect. On this front, the judgment is consistent with an evolving constitutional logic within EU law under which rights function as structural limits on every type of normative power within the internal market. This aspect is especially significant in the areas—such as sport, financial market regulation, and ICT regulation—where transnational private regimes play large *de facto* regulatory roles, and where formal distinctions risk obscuring the necessity for effective legal protection.

40. The decision also contributes to ongoing debates on the institutional evolution of arbitral systems. It does not deny the utility or legitimacy of arbitration in transnational governance; rather, it sets normative coordinates for its compatibility with the EU legal order. While the Court does not prescribe institutional reform, the legal reasoning it advances may prompt arbitral institutions to reconsider their procedural frameworks and their relationship to the EU legal system. This may include greater procedural transparency, enhanced rights protections, or even the establishment of operational links with the EU legal space, such as through a formal seat within the Union or adherence to EU-compatible procedural standards. These developments would not undermine arbitral autonomy but rather ground it within a more constitutionally robust architecture.

41. Finally, the ruling enables a thicker conceptualization of arbitral legitimacy. It concludes that arbitral legitimacy cannot be limited to the effectiveness of procedure or institutional autonomy, but it must include responsiveness to constitutional values, particularly the right to an effective remedy. This conceptualization is reinforced by broader theoretical developments on constitutional pluralism and transnational legal theory, which underscore that both functionality and normative justification towards foundational rights are indispensable in plural legal orders where legitimacy comes into play.

42. Rather than treating arbitration and EU constitutional law as mutually exclusive domains, the ruling contributes to an integrated perspective in which private adjudication is not exempt from public law constraints, but shaped by them.¹⁹ In doing so, it opens a space for legal evolution—one in which arbitral regimes are not displaced, but progressively aligned with the normative infrastructure of the Union. This alignment does not demand homogenization but encourages a dialogical relationship between institutional autonomy and constitutional accountability—one that is increasingly necessary in a legal landscape marked by normative plurality and regulatory complexity.

3. Negative Externalities: Legal Fragmentation, Strategic Litigation, and the Erosion of Predictability

43. Although the RFC Seraing ruling extends the constitutional responsibility of private adjudication, it concurrently creates a stream of systemic externalities whose effect is to confer complexity on

¹⁹ See the CJEU case-law: CJEU 15 December 1995, C-415/93, *Union Royale Belge des Sociétés de Football Association ASBL a.o. v. Jean-Marc Bosman*, ECLI:EU:C:1995:463; 21 December 2023, C-333/21, *European Super League Company SL v. Fédération internationale de football association (FIFA) e Union of European Football Associations (UEFA)*, ECLI:EU:C:2023:1011; 4 October 2024, C-650/22, *Fédération internationale de football association (FIFA) c. BZ*, ECLI:EU:C:2024:824.

the functioning and normative unity of transnational arbitration in the EU legal order. Foremost among these is the danger of legal fragmentation. By enabling national jurisdictions to scrutinize the conformity of arbitral awards with European union law, the Court inadvertently reimports jurisdiction-specific filtering mechanisms into a regime whose reliance had been placed on mutual recognition principles and finality of procedure. Absent harmonized norms shaping such interventionist acts by the judiciary, differential perceptions of cardinal rights and varying levels of intervention thresholds will tend to arise among the Member States.

44. This asymmetry undermines the transnational uniformity and predictability that international arbitration—particularly in the domain of sport—was designed to preserve.²⁰ Where actors had previously relied on the near-automatic recognition of arbitral awards under the New York Convention, they must now anticipate a more uncertain legal environment in which awards may be subject to constitutional review *ex post* and refused enforcement on grounds that vary across jurisdictions. The result is a weakening of arbitration's traditional virtues: finality, speed, and legal certainty.

45. Here, the most controversial element of the Court's rationale is the application of the notion of "genuine consent" to draw a line separating legitimate from constitutionally inadequate arbitral regimes. By delineating the line separating negotiated arbitration from structurally imposed adjudication of disputes, the Court provides a normative account of why arbitral autonomy should be confined where consent comes to be seen as formalistic or economically coerced. Despite the consistency of this argument with wider constitutional values of substantive fairness and the protection of weaker parties, it introduces conceptual ambiguity into the regime. In institutionalized contexts like international sport—where regulatory consistency and centralized adjudication obtain as conditions of functionality—the line between coercion and compliance is less than clear.²¹ Consent comes to be systemic, embedded, and norm-internalized, raising doubts about whether dichotomic construction does justice to the muddled experiential reality of regime participation.

46. Further, the Court's reasoning provides scant discussion of the institutional role of arbitral finality, which is something other than a procedural convenience but rather a structural requirement of effective international regulatory regimes. Arbitral finality guarantees not just the efficacy of the process of resolving disputes but the coherence and force of special normative orders that exist outside the jurisdiction of national courts.²² The refusal on this aspect on the part of the judgment indicates an implied hierarchy where the logic of design of institutional arbitration is systematically overridden by fundamental freedoms and rights. However, without specific indications on the manner in which conflicting values should be weighed, the decision risks upsetting the existing arbitral systems without providing principled benchmarks for reform.

47. This uncertainty creates room for strategic litigation and forum shopping, since frustrated parties may now recharacterize their losses in arbitration as rights-based claims and attempt to take their causes to better-receptive jurisdictions within the EU judicial framework. The possibility of re-litigation before national jurisdictions undercuts procedural finality and motivates tactical conduct that might pervert the course of dispute resolution. In addition, varied levels of readiness among the Member States towards challenges of a constitutional nature risk producing an asymmetry of jurisdiction, in which litigants flock towards jurisdictions considered to be interventionist—a trend that even further would compromise mutual trust and harmonization of the EU legal sphere.

²⁰ F. Shahlaei, A Jurisdictional Verigo: Compulsory Arbitration, Sports and the European Court of Human Rights, *Journal of Human Rights Practice* 16, 2024, 869-885.

²¹ A. Rigozzi, *Challenging Awards of the Court of Arbitration for Sport*, *Journal of International Dispute Settlement* 1, 2010, pp. 217-265.

²² A. Duval, *Seamstress of Transnational Law – How the Court of Arbitration for Sport Weaves the Lex Sportiva*, in N. Krisch (ed.), *Entangled Legalities Beyond the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022, p. 260 ss.

48. At the macro-institutional level, such developments might trigger contractual and structural changes geared towards restricting exposure to EU judicial challenge. Arbitral institutions would be incentivized to move seats outside the Union, or to reconfigure their rules of procedure such that the risk of challenge on enforcement is minimized. While such reconfigurations might insulate certain awards from the possibility of constitutional review, such reconfigurations would also betoken the wider dislocation of arbitral governance from the Union's normative order, posing challenges to the long-term integration of private adjudication into European constitutional space.

49. The wider concern is that although RFC Seraing fortifies the primacy of EU constitutional values, it does so by using categories—like effect-based applicability, filtering by the judiciary, and real consent—that continue to be doctrinally blurry and operationally fissiparous. The ruling defers the fundamental question of how to balance the Constitution's controlling sovereignty with the functional dynamics of global arbitration, and whether this control is possible to exercise without destroying the institutional vitality of non-state adjudication. The failure to provide elaborate criteria for the judiciary to review, the uncertainty about the scope of the rights to apply, and the omission on the systemic function of the finality of the award all argue towards the necessity of a better coordinated and operationalizable regime.

50. In this light, the judgment does not simply recalibrate the relationship between arbitration and constitutional law—it redefines the terrain on which that relationship must now be navigated. The challenge going forward lies in developing mechanisms that translate the Court's normative aspirations into workable legal standards, capable of guiding both national courts and arbitral institutions without compromising the core functions of either. Unless such mechanisms are articulated, the risk is that the judgment's principled commitment to rights protection will give rise to practical fragmentation, regulatory uncertainty, and institutional displacement—consequences that may ultimately weaken the very coherence it seeks to affirm.

IV. Final conclusions: Recalibrating Arbitral Autonomy in a Multilevel Constitutional Order

51. The Seraing RFC judgment represents a significant turning point in the Court of Justice of the European Union's evolving jurisprudence on the constitutional character of arbitration. On the simplest level, the judgment does not merely endorse the pre-eminence of Union law relative to private systems of dispute settlement—it redefines the normative limits within which such systems must operate when they intersect the EU legal order. The judgment thus participates in a broader transformation in the way that the regimes of arbitration come to be considered within a constitutional framework: once more, neither as self-contained legal orders insusceptible to the action of the judiciary, but instead as spheres of adjudication ruled by the structural logic of right, responsibility, and enforceability that defines the European legal architecture.

52. This move is of great doctrinal and institutional importance. The Court's rationale cements a thread of precedent that extends the scope of constitutional protection even past the outer boundaries of the institutions of the EU, towards a functionally orientated approach to jurisdiction that privileges the impact of legal determinations over the identity of the determiner. In this way, the Court both strengthens the justiciability of the right to liberty and enhances limits on the permissible exercise of private regulatory power in the transnational sphere. Arbitration under this approach is neither ruled out, yet its procedural independence is subordinated to the requirement that it be integrated into a system of effective legal protection.

53. Nevertheless, this redefinition also creates structural challenges. As the ruling helps to close normative gaps in the protection offered by the legal order, it meanwhile clears the way to legal uncertainty, fragmentation, and forum manipulation. The danger of divergent judicial standards among the

Member States, erosion of the finality of arbitral awards, and re-calibration of litigation tactics by the prospect of constitutional review mechanisms all threaten the coherence and stability of the arbitration paradigm as a system of dispute resolution. All these tensions highlight the challenge inherent in maintaining a double commitment to both institutional efficiency and constitutional supremacy within the same regime of adjudication.

54. At a conceptual level, the judgment invites further reflection on the very nature of consent, autonomy, and legitimacy in contemporary arbitration. By foregrounding the importance of “genuine consent” as a condition for the validity of arbitral arrangements, the Court articulates a normative standard that resonates with broader debates in legal theory, particularly those concerning the legitimacy of regulatory power in non-state systems. However, the operationalization of this standard remains underdeveloped, leaving open questions about how it is to be assessed in institutional contexts characterized by standardization, sectoral hierarchy, and limited individual bargaining power.

55. The implications of RFC Seraing are likely to reverberate well beyond the sports sector. The logic of the judgment applies, in principle, to any arbitration framework that operates within—or produces effects within—the Union²³. This raises the prospect of systemic reconfiguration in areas such as commercial, investment, and professional arbitration, where private adjudication intersects with rights-based claims under EU law. Whether this development leads to a deeper integration of arbitral regimes into the constitutional fabric of the Union, or instead generates resistance, circumvention, or jurisdictional displacement, remains to be seen.

56. What the ruling ultimately reflects is not the resolution of a long-standing conflict between arbitral independence and constitutional accountability, but its renewed juridical intensity. The model of arbitration that emerges from RFC Seraing is one that must navigate a complex landscape: it must remain procedurally autonomous and functionally effective, while also being normatively open to external scrutiny and constitutionally grounded in its design. This demands a recalibration of institutional expectations, doctrinal standards, and regulatory design—a task that will fall not only to the Court, but also to national judiciaries, arbitral institutions, and private actors themselves.

57. Against this backdrop, RFC Seraing can best be viewed less as a breach than as a turning point on the long history of European legal integration: a moment when the polarity of private autonomy and public authority is being redefined in the face of the challenges posed by a complex multilayered legal order.²⁴ The question for the future is to ensure that this redefinition is both principled and practical, able to maintain arbitration as an acceptable mode of adjudication without corroding the underlying commitments of the Union to legality, to rights, and to judicial protection.

²³ L. Fumagalli, *Ordine pubblico dell'Unione e controllo giurisdizionale effettivo dei lodi emessi dal Tribunale arbitrale dello sport (TAS), ...ma non solo: la Corte di giustizia si pronuncia nel caso Seraing*, Eurojus, 2025, 3.

²⁴ See also J. Wauters, A. Komninos, N. Hertel, Court of Justice of the European Union delivers ruling in Royal Football Club Seraing (C-600/23), available at: <https://www.whitecase.com/insight-alert/court-justice-european-union-delivers-ruling-royal-football-club-seraing-c-60023>

Foreign Sovereign Immunity in Exequatur Proceedings: Notes on the District Court of The Hague's Decision of 5 June 2025

La inmunidad soberana en el procedimiento de exequátur: notas sobre la decisión del Tribunal de Primera Instancia de La Haya del 5 junio 2025

LIVIA SOLARO

PhD Candidate

Faculty of Law, Maastricht University

ORCID ID: 0009-0003-4516-0884

PAUL P. STEWENS

PhD Candidate

Faculty of Law, Maastricht University

ORCID ID: 0000-0001-5172-9764

Recibido: 19.01.2026 / Aceptado: 11.02.2026

DOI: 10.20318/cdt.2026.10299

Abstract: On 5 June 2025, the District Court of The Hague rejected the request for exequatur of a Ukrainian ruling holding energy giant Gazprom jointly and severally liable for damages caused by the Russian Federation in Ukraine. Despite the entry into force of the 2019 Hague Judgments Convention between Ukraine and the Netherlands, the Dutch judge declared itself incompetent on foreign sovereign immunity grounds. This decision underscores the close interplay between private and public international law, raising important questions about the future circulation of judgments during periods of high legal and geopolitical uncertainty.

Keywords: 2019 Hague Judgments Convention, sovereign immunity, territorial tort exception, Ukraine, Russia

Resumen: El 5 de junio de 2025, el Tribunal de Primera Instancia de La Haya rechazó la solicitud de exequátur de una sentencia ucraniana que consideraba al gigante energético Gazprom responsable solidario de los daños causados por la Federación de Rusia en Ucrania. A pesar de la entrada en vigor de la Convención de La Haya de 2019 entre Ucrania y los Países Bajos, el juez neerlandés se declaró incompetente por motivos de inmunidad soberana extranjera. Por lo tanto, esta decisión pone de relieve la estrecha interacción entre el derecho internacional privado y el público, y plantea importantes cuestiones sobre la futura circulación de sentencias en períodos de gran incertidumbre jurídica y geopolítica.

Palabras clave: Convención de La Haya de 2019, inmunidad soberana, territorial tort exception, Ucrania, Rusia

Sumario: I. Introduction. II. Factual Background and Procedural History. III. Decision of the District Court of The Hague. IV. Commentary. 1. Applicability of the 2019 Hague Convention. A)

Material Scope of Application. B) Temporal Scope of Application. 2. Immunity and Circulation of Judgments. A) The Ukrainian Approach to Sovereign Immunity. B) The Territorial Tort Exception to Sovereign Immunity. C) Immunity and Enforcement. 3. Alternative Pathways. A) Arbitration. B) Register of Damage for Ukraine. V. Conclusion.

I. Introduction

1. On 5 June 2025, the District Court of The Hague rejected the request for exequatur of Zhnyva, a Ukrainian company, which sought recognition and enforcement of a judgment by the Commercial Court of Zaporizhzhia Oblast against multinational energy corporation Gazprom. A state-owned company of the Russian Federation, Gazprom had been found jointly and severally liable for the damages caused by Russian armed forces in the Zaporizhzhia and Kherson regions. Through the application of the 2019 Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters (2019 Hague Convention),¹ the Dutch court excluded its own jurisdiction to recognise and enforce the Ukrainian ruling in the Netherlands, due to the Russian Federation's state immunity.² Shortly after, Gazprom's asset—which had been seized in September 2024—were released.³

2. The proceedings before the District Court of The Hague represented an important testing ground for the 2019 Hague Convention, celebrated as “a turning point in international judicial cooperation”,⁴ against the tumultuous field of state immunity. This decision also bears substantial practical significance since the Gazprom case stems from the inability of Ukrainian parties to obtain compensation upon the—insufficient—Russian assets available in Ukraine. Accordingly, a comprehensive system of compensation necessarily becomes dependent on cross-border enforcement.⁵ Through this decision, however, the District Court of The Hague refused to follow the Ukrainian courts' judicial activism, highlighting the delicate interplay between private and public international law.

II. Factual Background and Procedural History

3. Zhnyva, a Ukrainian agricultural company based in Odessa, had rented eighteen grain silos in Zaporizhzhia and Kherson regions, which it had to abandon following the aggression of the Russian Federation in February 2022. The contents of the silos were subsequently lost. On 5 December 2022, Zhnyva instituted tort proceedings against the Russian Federation before the Commercial Court of Zaporizhzhia Oblast. Since the Russian Federation chose not to appear, on 2 February 2023 the Commercial Court entered a default judgment and ordered it to pay a compensation of about €85 million plus the litigation costs. The Commercial Court considered that the Russian Federation did not enjoy immunity before Ukrainian courts in cases where compensation is claimed for damages that have arisen as a result of the military aggression of Russia against Ukrainian citizens.⁶

¹ Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters of 2 July 2019 (entry into force: 1 September 2023), *Tractatenblad* 2024, 42.

² *Rechtbank Den Haag* (District Court of The Hague), 5 June 2025, ECLI:NL:RBDHA:2025:12573.

³ Y. PROTS, ‘Russian Gazprom Wins Asset Release in Dutch Court after Claims by Ukrainian Companies, Reuters Reports’, *The Kyiv Independent*, 23 July 2025 <<https://kyivindependent.com/russian-gazprom-wins-asset-release-in-dutch-court-following-claims-by-ukrainian-companies-reuters-reports/>> accessed 9 January 2026.

⁴ X. KRAMER, ‘Scope of Application: Challenges, Compromises and Chances’ in M. WELLER, J. RIBEIRO-BIDAOU and M. BRINKMANN (eds), *The HCCH 2019 Judgments Convention : Cornerstones, Prospects, Outlook*, Oxford, Hart, 2023, p. 3.

⁵ As observed by I. BADANOVA, ‘Jurisdictional Immunities v Grave Crimes: Reflections on New Developments from Ukraine’, *EJIL: Talk!*, 8 September 2022 <<https://web.archive.org/web/20240617020500/https://www.ejiltalk.org/jurisdictional-immunities-v-grave-crimes-reflections-on-new-developments-from-ukraine/>> accessed 13 January 2026.

⁶ Господарський суд Запорізької області (Commercial Court of Zaporizhzhia Oblast), 2 February 2023, Case No. 908/1100/22.

4. On 5 June 2024, Zhnyva initiated proceedings against Gazprom, Gazprom Capital, and Gazprom International Limited Liability Company (“Gazprom”) before the same court, with the Russian Federation figuring as an interested third party to the proceedings. With this action, Zhnyva sought a declaration of identity between the Russian Federation and Gazprom. On 27 August 2024, the Commercial Court found them jointly and severally liable for the damages for which Zhnyva had already been awarded compensation—on account of Gazprom being the alter ego of the Russian Federation. As such, Gazprom was held liable even if it did not directly commit the tortious acts in question.⁷

5. The alter ego test which the Zaporizhzhia Commercial Court applied built on the case law of the European Court of Human Rights (ECtHR)⁸ and the Ukrainian Supreme Court.⁹ First, the Commercial Court considered Gazprom’s legal status under national law and its level of institutional independence, finding that Gazprom was established and is partly regulated by state law (which ensures that the Russian Federation remains its majority shareholder). Second, the court investigated Gazprom’s activities and the degree of state supervision and control over them. It concluded that Gazprom served a specific public purpose: to operate the unified gas supply system of the Russian Federation and ensure the stability of domestic and external gas supplies, thus supporting the Russian political leadership and its geopolitical goals. The court also observed that, to this end, the Russian political leadership maintains a high degree of factual control over Gazprom’s operations, at times even adopting strategic decisions to the detriment of its commercial interests. Finally, the court observed that the Russian Federation effectively treats the assets of Gazprom as if they belonged directly to the Russian Federation.

6. About two months later, on 25 October 2024, Zhnyva requested exequatur for the decision relating to Gazprom before the District Court of The Hague, in order to seek enforcement in the Netherlands. In doing so, it relied on the 2019 Hague Convention and Article 985 of the Dutch Code of Civil Procedure.

III. Decision of the District Court of The Hague

7. The District Court first assessed the applicability of the 2019 Hague Convention. The Convention has been in force between the Netherlands and Ukraine since 1 September 2023, pursuant to its Article 16. Since Zhnyva initiated proceedings against Gazprom on 5 June 2024, the decision of the Zaporizhzhia Commercial Court against Gazprom fell within the Convention’s temporal scope. The Dutch court focused on the decision against Gazprom, instead of that against the Russian Federation, based on the argument that Zhnyva sought recognition and enforcement of the former. The close connection between the two decisions did not preclude the temporal application of the 2019 Hague Convention. In the eyes of the Dutch court, the Gazprom decision could, in principle, be recognised and enforced independently of the ruling against Russia.

⁷ Господарський суд Запорізької області (Commercial Court of Zaporizhzhia Oblast), 27 August 2024, Case No. 908/1100/22.

⁸ More specifically, *Case of Liseyeva and Maslov v. Russia* (Applications nos. 39483/05 and 40527/10), 9 October 2014; and *Case of Ališić and Others v. Bosnia and Herzegovina, Croatia, Serbia, Slovenia and the Former Yugoslav Republic of Macedonia* (Application no. 60642/08), 16 July 2014.

⁹ In particular the Supreme Court’s decision in the *Prominvestbank* case (Case No. 910/4210/20), which addressed the enforcement of an international arbitral award against the Russian Federation through the seizure of shares in PJSC Prominvestbank held by the State Development Corporation “VEB RF”, alleged by the claimant to be an alter ego of the Russian Federation. The Ukrainian Supreme Court test in *Prominvestbank* assumes that state-owned companies are separate legal entities that, as such, are not responsible for the debts of the state, *unless* they represent *de facto* organs of the state. Courts are therefore required to assess: [1] whether the company is established for the performance of commercial purposes; [2] whether the company performs functions inherent to state bodies (i.e., performs a public function not characteristic of private individuals); [3] whether such a company carries out other activities and whether they are main/independent or auxiliary to the performance of its public function; [4] what is the degree of control by the state; [5] whether the company’s property is separated from the property of the state.

8. The District Court refrained from making a clear determination regarding the Convention's material applicability. The court was satisfied *prima facie* that the decision in question was a civil/commercial matter as set out in Article 1(1) of the 2019 Hague Convention. However, it also considered that this question, and in particular Gazprom's objection that decisions relating to the conduct of armed forces fell outside the scope of the Convention, was best addressed within the assessment of the issue of sovereign immunity from jurisdiction. The court thus deferred these questions and proceeded based on the presumptive application of the 2019 Hague Convention.

9. Since the Convention does not entail a principle of mutual trust, courts are required to review the jurisdiction of the court of origin.¹⁰ This review extends to immunity considerations as a potential bar to the exercise of its judicial powers. For the District Court, the obligation to conduct such a review *proprio motu* stemmed from Article 13a of the General Provisions Act, a principal law of constitutional rank which provides that the judiciary may act only within the limits that international law provides. The court went on to clarify that the obligation to assess state immunity not only had been formulated by the Dutch Supreme Court¹¹ but it also emanated from the decision of the International Court of Justice (ICJ) in *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*.¹² Exequatur proceedings do not differ in that respect, and the court considered itself bound to assess sovereign immunity as a potential bar to its jurisdiction, irrespective of the stance of the court of origin on that matter.

10. The Dutch court took the reasoning of the Zaporizhzhia Commercial Court, which had found the Russian Federation liable for Zhnyva's loss of grain, as the point of departure for its immunity assessment. In the Ukrainian judgment, the damage had been causally linked to the military aggression and occupation of Zaporizhzhia and Kherson regions, since Russian armed forces had left the silos unattended, thus enabling looting by third parties and representatives of the Russian Federation. However, the District Court of The Hague considered this close link as evidence that these acts were committed in the exercise of governmental authority (*iure imperii*). As such, they were covered by sovereign immunity from jurisdiction, leading the Dutch court to declare its incompetence to recognise and enforce the decision of the Zaporizhzhia Commercial Court against Russia.

11. Since the Dutch court implicitly accepted the Zaporizhzhia Commercial Court's finding that Gazprom represented an alter ego of the Russian Federation, the latter's sovereign immunity from jurisdiction extended to the claim against Gazprom for which Zhnyva was seeking recognition and enforcement. The court briefly discussed Article 12 of the United Nations Convention on the Jurisdictional Immunities of States and Their Property (UNCIS)¹³ as a possible exception to immunity but found its status as customary international law to be uncertain, and its applicability limited to the *forum delicti*.

12. Consequently, the District Court declared itself incompetent to recognise and enforce the decision against Gazprom in light of Russia's sovereign immunity from jurisdiction and ordered Zhnyva to pay the litigation costs.

IV. Commentary

1. Applicability of the 2019 Hague Convention

13. The District Court of The Hague held that the decision against Gazprom for which Zhnyva sought exequatur fell within the temporal scope of application of the 2019 Hague Convention, procee-

¹⁰ T. DOMEJ, 'Recognition and Enforcement of Judgments (Civil Law)' in J. BASEDOW AND OTHERS (eds), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2017, p. 1474.

¹¹ Hoge Raad (Supreme Court), 1 December 2017, ECLI:NL:HR:2017:3054.

¹² *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v Italy: Greece intervening)* ICJ Rep 2012, p. 99.

¹³ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property of 2 December 2004 (not in force), UNGA Res A/59/508.

ding on the assumption that the Convention also applied *ratione materiae*. Both conclusions come with their respective challenges.

A) Material Scope of Application

14. By deferring the question of the material applicability of the 2019 Hague Convention to the immunity assessment, the Court implicitly refused to engage with Article 2(1)(n) of the Convention, which excludes from the scope of its application “activities of armed forces, including the activities of their personnel in the exercise of their official duties”. This subparagraph is a corollary of the nil-effect clause in Article 2(5), whose purpose it is to secure the sovereign immunity of states from jurisdiction.¹⁴

15. The court’s decision to defer the qualification of the acts underlying the tort reveals a lack of nuance in its reasoning. In particular, the court seems to equate the issue of the material applicability of the 2019 Hague Convention to decisions concerning the conduct of armed forces with the question of whether the underlying acts qualify as *acta iure imperii*. The wording of Article 2(1)(n), however, gives reason to believe that there is no perfect congruence between these two issues. The addition “including the activities of their personnel in the exercise of their official duties” (emphasis added) suggests that the meaning of “activities of armed forces” goes well beyond the issue of their qualification. The Explanatory Report confirms this interpretation, stating “that activities of armed forces are in any event outside the scope of the Convention and that States are not obliged to recognise or enforce judgments on these matters, irrespective of whether those activities qualify as *acta iure imperii* in the State of origin or in the requested State.”¹⁵ Private individuals or entities who have incurred damages as a consequence of hostilities will therefore be unable to rely on the 2019 Hague Convention to seek the recognition and enforcement of judgments awarding compensation for such damages.¹⁶

16. That, in turn, leads the present authors to the conclusion that the 2019 Hague Convention did not, in fact, apply to the decision for which Zhnyva sought exequatur.¹⁷ The court appears to have been committed to rule on the matter of state immunity, making an unconvincing assumption about the material applicability of the Convention and collapsing it into the question of state immunity. In doing so, the court concentrates its attention on the sovereign immunity from a jurisdiction it might not have in the first place.¹⁸ However, in the absence of an applicable international instrument of private international law, domestic rules would have been available as a residual pathway to establishing jurisdiction. According to the Dutch Supreme Court, a foreign judgment may be recognised in the Netherlands if

¹⁴ KRAMER (n 4).

¹⁵ F. GARCIMARTÍN and G. SAUMIER, *Explanatory Report on the Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters*, The Hague, HCCH, 2020, § 66.

¹⁶ J. MOHLIN and Y. SUSHNETS, ‘Seeking Justice across Borders: Enforcing Foreign Judgments amid Contemporary Armed Conflicts’, *International Bar Association*, 4 April 2024 <<https://web.archive.org/web/20260114095234/https://www.ibanet.org/seeking-justice-across-borders>> accessed 14 January 2026.

¹⁷ See also P. ROSSI, ‘Dutch Court Denies Exequatur of Ukrainian Judgment against Gazprom under the Hague Judgments Convention’, *EAPIL*, 24 July 2025 <<https://web.archive.org/web/20260109091645/https://eapil.org/2025/07/24/dutch-court-denies-exequatur-of-ukrainian-judgment-against-gazprom-under-the-hague-judgments-convention/>> accessed 9 January 2026.

¹⁸ The relationship between jurisdiction and immunity is complex and domestic courts have developed a variety of different understandings: H. FOX and P. WEBB, *The Law of State Immunity*, 3rd edn, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 82–85. Even within Dutch jurisprudence, there does not seem to be perfect consistency. In the present case, the court concluded that it was not competent (*onbevoegd*) to hear the claim against Gazprom; in a decision of the court of first instance of Bonaire, on the other hand, the court declared itself competent on the basis of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration before turning to the question of Venezuela’s state immunity: *Gerecht in eerste aanleg van Bonaire* (Court of First Instance of Bonaire), 1 February 2019, ECLI:NL:OGEABES:2019:3. The present authors therefore treat immunity as preconditioned upon the existence of jurisdiction; in cases where the court of another state can establish jurisdiction for proceedings against another state, that state enjoys immunity from the exercise of that jurisdiction, i.e., the adjudication of the claim.

- (1) the jurisdiction of the court of origin is based on an internationally generally accepted ground of jurisdiction;
- (2) the judgment was given in proceedings that meet due process-standards;
- (3) the recognition of the judgment is not contrary to Dutch public policy; and
- (4) the judgment is not irreconcilable with a judgment given by a Dutch court between the same parties, or with an earlier foreign judgment given in proceedings that involve the same parties and the same cause of action, provided that the earlier foreign judgment is susceptible to revision.¹⁹

17. Admittedly, relying on Dutch private international law instead of the 2019 Hague Convention would not have changed the outcome of the proceedings—Russia’s sovereign immunity would still have led to a dismissal of the claim. Nevertheless, it could have contributed an exemplary treatment of state immunity to an established body of case law on the recognition and enforcement of foreign judgments. Under the chosen approach, however, the court built its assessment on the sand of a material application that is wrongly presumed, setting a questionable precedent for the future application of the 2019 Hague Convention.

B) Temporal Scope of Application

18. With respect to the applicability *ratione temporis* of the 2019 Hague Convention, it is important to consider that Zhnyva sought exequatur not for the decision against the Russian Federation of 2 February 2023 but rather that against Gazprom of 27 August 2024, which postdates the entry into force of the 2019 Hague Convention on 1 September 2023. The court readily accepted what might very well have been a strategic decision on the part of the claimant to bring a legal dispute that predated the entry into force of the Convention between Ukraine and the Netherlands into its temporal scope of application.

19. In the view of the court, the decision against Gazprom could be recognised and enforced independently of that against Russia. There is some merit to this argument. After all, different *petita* underlay the two decisions: Zhnyva sought tort liability against Russia in the first decision, and a declaration of identity between Russia and Gazprom in the second. Moreover, attempting to obtain compensation from a sovereign state’s alter ego companies represents a sensible way of enforcing a decision on tort liability in the modern configuration of state commercial engagement.²⁰

20. What is more doubtful is whether courts should accept this as a strategy to bring a claim within the temporal scope of application of the 2019 Hague Convention. After all, the underlying tort of the two decisions is the same, and liability for it had been determined in a decision that predated the Convention’s entry into force. Conversely, the second decision merely clarified from whom the claimant may seek compensation. The two decisions even share the same docket number. By simply accepting their distinction for temporal purposes, however, the court cleared the path for strategic litigation in which post-judgment motions to extend liability to third parties could be used to bring specific cases within the Convention’s temporal scope.²¹ Thereby, the court missed a chance to clarify what criteria should be used to determine the time of institution of the relevant proceedings for the purposes of the temporal applicability of the Convention. Instead, it implemented a minimalist test—based on the two decisions’ independent enforceability—which glosses over the intricacies of the procedural history of the case and proves little instructive for other courts dealing with similar situations.

¹⁹ T. BENS and B.V. HOUTERT, ‘Netherlands’ in T. LUTZI, E. PIOVESANI and D. ZGRABLIJIC ROTAR (eds), *Recognition and Enforcement of Non-EU Judgments*, Oxford, Hart, 2026, pp. 276–277, based on Hoge Raad (Supreme Court), 26 September 2014, ECLI:NL:HR:2014:2838, 3.6.4.

²⁰ See C. MILES, ‘State Debts and State-Owned Corporations: Trans-Atlantic Perspectives’ (2021) 81 *Questions of International Law*; P. WEBB, ‘Immunities and States’ Alter Egos’ (2025) 42 *Journal of International Arbitration*.

²¹ ROSSI (n 17).

21. The Dutch court's approach to the level of connection between the two Ukrainian decisions also appears to be somewhat in contradiction with its focus on the question of state immunity. On the one hand, the court found the two decisions to be independent enough for the second one to fall within the temporal scope of application of the 2019 Hague Convention. On the other hand, it considered that, for the purposes of state immunity, there was "undeniably a close connection between the two judgments" and that it could not exercise its jurisdiction "because Gazprom is regarded as one with the Russian Federation and the conviction of Gazprom is based entirely on the conviction of the Russian Federation." If that is the case, the court's conclusion that the decision against Gazprom could be independently recognised and enforced seems less convincing. If the Dutch court's exercise of jurisdiction is premised on the decision against Russia, it might have erred as to the separation of the cases for the purposes of the temporal applicability of the 2019 Hague Convention.

2. Immunity and Circulation of Judgments

A) The Ukrainian Approach to Sovereign Immunity

22. Under customary international law, states and their property are immune from the jurisdiction of foreign courts.²² The doctrine of sovereign immunity underwent major developments during the twentieth century, when domestic courts started to confine it to state conduct that is genuinely sovereign in nature (*acta iure imperii*), excluding private or commercial acts (*acta iure gestionis*).²³ When acting as private parties, states are therefore treated as such for jurisdictional purposes and, in principle, do not enjoy immunity. While the distinction between *acta iure imperii* and *acta iure gestionis* is not always clear,²⁴ acts committed by the armed forces of a state in the course of conducting an armed conflict fall squarely under the first category.²⁵

23. The decision of the Zaporizhzhia Commercial Court of 2 February 2023, however, reflects a different approach to foreign sovereign immunity. Rather than engaging in an assessment of the sovereign or commercial character of the conduct at issue, the court approached the immunity defence through the lens of state rights and responsibility. Based on the understanding that the damages alleged by Zhnyva were causally linked to the armed aggression which the Russian Federation carried out against Ukrainian territory, the court refused to characterise such conduct as an expression of sovereign power. This conclusion was grounded in the principle that no state has the right to intervene through armed aggression in another state. By exceeding the limits of its sovereign rights, the Russian government was therefore deemed to have lost its privilege of immunity from adjudicative jurisdiction in connection with the consequences of that conduct.

²² This form of state immunity represents a corollary of the principle of equality among sovereign States, and plays a crucial role in avoiding diplomatic tensions and preserving international harmony: see, in general, P.-T. STOLL, 'State Immunity' in R. WOLFRUM (ed), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2011. See also, in general, C. G. VAN DER PLAS, T. DIEBEN and M. VAN LEYENHORST, *State Immunity in Civil Proceedings - Comparative Notes and Critical Analysis*, The Hague, Asser Press, 2025.

²³ R. GARNETT, 'Foreign State Immunity: A Private International Law Analysis' in A. ORAKHELASHVILI (ed), *Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2015, p. 360.

²⁴ S. OETER, 'The Law of Immunities as a Focal Point of the Evolution of International Law', *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Leiden, The Netherlands, Brill | Nijhoff, 2014, p. 360.

²⁵ Under the "nature" test, codified by a number of state immunity statutes, an act is considered to be public rather than commercial if it represents an exercise of governmental authority that could not be performed by a private individual or entity: see C. SUN and A. LLAMZON, 'Acta Iure Gestionis and Acta Iure Imperii' in R. GROTE, F. LACHENMANN and R. WOLFRUM (eds), *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, 2018. For example, in evaluating whether international art loans from state museums should qualify as *acta iure imperii* or *acta iure gestionis*, the United States District Court for the District of Columbia observed that "there is nothing 'sovereign' about the act of lending art pieces", as any private institution or individual could engage in such an activity: *Malewicz v City of Amsterdam* [2005] 362 FSupp2d 298, § 314.

24. The Ukrainian court delineated the limits of sovereign rights in the context of aggressive war, in particular, in light of Articles 2(4) and 1(1) of the United Nations Charter²⁶ which require member states, respectively, to refrain from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state and to maintain international peace and security through effective collective measures against acts of aggression or other breaches of the peace. Against this backdrop, the court reframed the rejection of the Russian Federation's immunity defence as an obligation incumbent upon Ukrainian courts, most notably under Article 6(1) of the European Convention on Human Rights,²⁷ which requires states parties to ensure effective access to justice within their jurisdiction.²⁸ The court further connected this obligation to Ukraine's duties arising from its international counterterrorism commitments. Finally, the judgment drew upon the 1970 Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations (Friendly Relations Declaration).²⁹

25. It is important to note that the approach to the issue of sovereign immunity adopted by the Zaporizhzhia Commercial Court does not represent an isolated or controversial position within the Ukrainian judicial landscape. The rejection of aggressive war as a lawful exercise of state sovereignty has been expressly endorsed by the Ukrainian Supreme Court, notably in case no. 308/9708/19. That case originated from a Ukrainian civilian's claim for moral damages against the Russian Federation, following the death of her husband during a combat mission in the Luhansk region in the summer of 2014. By its Resolution of 14 April 2022, the Supreme Court overturned the lower courts' dismissal of the claim, holding that the activities of the Russian Federation that led to the death of the claimant's husband could not be characterised as sovereign acts enjoying judicial immunity.

26. Considering that, until 24 February 2022, the Russian Federation denied the presence of its troops in Ukraine, plaintiff argued that "the [Russian Federation's] use of its own military units and equipment without distinctive signs, the complete denial of the participation of Russian servicemen in hostilities on the territory of the [Ukrainian] State, and other actions clearly indicat[ed] that the armed aggression of the Russian Federation against Ukraine is not an act of public authority committed with a public purpose." This position relies on the assumption that a state should be precluded from invoking immunity based on *acta iure imperii* where it does not itself recognise the relevant acts as falling within the sphere of sovereign authority.³⁰ The Supreme Court's reasoning that a war of aggression is not covered by sovereign immunity because it represents a gross violation of international law, however, extends the Russian Federation's potential liability into the phase of full-scale war.

27. These recent interpretative developments concerning the concept of state immunity within Ukrainian courts appear to be driven by the need to respond to the surge in compensation claims that Ukraine has faced since the outbreak of the Russo-Ukrainian war in 2014.³¹ The expansive interpretation of Article 79 of the Law of Ukraine "On Private International Law" is thus directly linked to the unprecedented scale of damage caused by Russian military operations. The approach which the Zaporizhzhia Commercial Court adopted in its 2023 ruling, however, rests on an understanding of foreign sovereign immunity as a principle *ex comitate* rather than *de iure*, whereby reciprocity, instead of legal obligations,

²⁶ Charter of the United Nations of 26 June 1945 (entry into force: 24 October 1945), XV UNCIO 335.

²⁷ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 11 April 1950 (entry into force: 3 September 1953), ETS No. 005.

²⁸ Building, in particular, on *Case of Oleynikov v. Russia* (Application no. 36703/04), 14 March 2013.

²⁹ Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations (24 October 1970), UNGA Res 2625 (XXV).

³⁰ B. KARNAUKH, 'Territorial Tort Exception? The Ukrainian Supreme Court Held That the Russian Federation Could Not Plead Immunity with Regard to Tort Claims Brought by the Victims of the Russia-Ukraine War' (2022) 5 *Access to Justice in Eastern Europe*, pp. 171–172.

³¹ See I. IZAROVA, Y. HARTMAN and S. NATE, 'War Damages Compensation: A Case Study on Ukraine' (2023) 12 *F1000Research*.

govern the relations among states.³² In this vein, the Ukrainian Supreme Court has expressly stated that “a necessary condition for observing [the principle of sovereign immunity] is mutual recognition of the country’s sovereignty; thus, where the Russian Federation denies the sovereignty of Ukraine and wages a war of aggression against it, there is no obligation to respect or observe the sovereignty of that State.” While animated by an understandable partisan spirit, this judicial trend departs from the position of the ICJ in *Jurisdictional Immunities*, where the Court held that the applicability of state immunity cannot be made contingent upon the gravity of the alleged breach of international law.³³

B) The Territorial Tort Exception to Sovereign Immunity

28. In (re)examining the immunity from jurisdiction of the Russian Federation, the first element considered by the District Court of The Hague was the applicability of Article 12 UNCSI to Zhnyva’s claim. Given the tortious character of the conduct in question, the Dutch court’s choice to begin with the evaluation of the so-called “tort exception” is easily explained. This provision excludes immunity precisely in the context of proceedings relating to pecuniary compensation for death or injury to the person, or damage to or loss of tangible property, caused by a foreign state in the territory of the state whose courts have been presented with the compensation claim.

29. Notably, in its 2023 decision against the Russian Federation, the Zaporizhzhia Commercial Court appears to have deliberately refrained from making an explicit reference to Article 12 UNCSI. The wording of the ruling, however, echoes this provision, as it characterises the dispute as one “on compensation for damage caused to an individual, their property, health, life.” Moreover, the court referenced the Ukrainian Supreme Court’s Resolution of 14 April 2022, which read in Article 12 UNCSI, as well as Article 11 of the European Convention on State Immunity,³⁴ a rule of customary international law—as such applicable independently from the ratification, by Ukraine and the Russian Federation, of these two conventions.³⁵ The court also inferred a similar rule from the Friendly Relations Declaration, although that instrument does not, in fact, entail any such exception.

30. The District Court of The Hague took a different view on Article 12. First, the court questioned its status as a rule of customary international law. Then, it excluded its applicability to Zhnyva’s claim, on the ground that this provision operates only before the courts of the state in whose territory the relevant conduct occurred. Article 12, commonly referred to as the “Territorial Tort Exception,”³⁶ is in fact premised on the existence of a sufficiently close territorial connection between the harmful act and the forum state. This connection is reflected in two cumulative requirements: first, that the act or omission giving rise to the damage occurred, at least in part, within the territory of the adjudicating forum; and second, that the author of the act or omission was present in that territory at the time it occurred.³⁷

31. Both conditions were satisfied in the claim which Zhnyva had originally brought before the Ukrainian courts: the loss of grain occurred in Zaporizhzhia and Kherson regions in connection with the Russian invasion of those areas. However, the Dutch court’s reasoning illustrates that, in the absence of a principle of mutual trust, the 2019 Hague Convention does not clearly regulate the circulation of jud-

³² On the historical evolution of these diverging conceptualisations of sovereign immunity, see T.M. DE BOER, ‘Living Apart Together: The Relationship between Public and Private International Law’ (2010) 57 *Netherlands International Law Review*, pp. 186–193.

³³ *Jurisdictional Immunities* (n 12) 91.

³⁴ European Convention on State Immunity of 16 May 1972 (entry into force: 11 June 1976), ETS No. 074.

³⁵ Relying on the ECtHR jurisprudence in *Case of Cudak v. Lithuania* (Application no. 15869/02) of 23 March 2010 and *Oleynikov v. Russia* (n 28).

³⁶ FOX and WEBB (n 18) pp. 468–483.

³⁷ Thus excluding transboundary injuries, trans-frontier torts or damage, including spill-overs, shelling and shootings across borders: INTERNATIONAL LAW COMMISSION, ‘Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with Commentaries’, 1991, UNGA Res A/46/10.

gments rendered pursuant to Article 12 UNCSI, thereby factually limiting their practical effect to the territory of the forum state. Conversely, the 1971 Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters³⁸ expressly clarified that the courts of the state of origin were to be regarded as having jurisdiction in situations corresponding to those contemplated by Article 12 UNCSI. That the 2019 Hague Convention should not address this matter when a closely related instrument does so makes this silence appear to be at the very least a considerable oversight on the part of the drafters, and perhaps even a strategic omission.

32 Nevertheless, this narrowing of Article 12 UNCSI's scope is consistent with the ICJ's findings in *Jurisdictional Immunities*, where the Court excluded the applicability of the territorial tort exception to injuries caused by a foreign state's armed forces in the context of an armed conflict.³⁹ The ICJ's interpretation also confirms that Article 12 is ill-suited to facilitate the cross-border circulation of the judgments it produces, at least in the absence of explicit guidance in subsequent instruments of private international law. In this sense, *Jurisdictional Immunities* effectively neutralises Article 12 in situations such as the one which Zhnyva lamented.⁴⁰ Against this backdrop, it is rather surprising that the District Court of The Hague, in its decision on the claim against Gazprom, made no reference to this aspect of the authoritative ruling by the ICJ, whilst still citing the decision in order to ground its obligation to assess the question of state immunity.

C) Immunity and Enforcement

33. The Gazprom decision underscores how the uncertainty surrounding sovereign immunity may spill over into post-judgment enforcement proceedings, thereby undermining legal certainty and the practical effectiveness of judicial remedies. Limitations such as those emerging from the Dutch ruling affect not only claimants seeking recognition and enforcement abroad, but also enforcement proceedings pursued within the jurisdiction of the original decision. A view across the Pond, to the case of *Agudas Chasidei Chabad v. Russian Federation*, is particularly illustrative in this regard.

34. The case, adjudicated within the District of Columbia Circuit, involved a collection of religious books, manuscripts, and other writings of particular significance to the Chabad Lubavitch movement. Parts of the collection were seized during the Bolshevik Revolution and the Russian Civil War (between 1917 and 1925), while other items were looted by Nazi Germany during the 1941 invasion of Poland and subsequently appropriated by the Soviet Red Army as "war booty." In 2004, a New York non-profit religious corporation sued the Russian Federation, the Russian Ministry of Culture and Mass Communication, the Russian State Library, and the Russian State Military Archive in the US in order to retrieve the collection. The proceedings led to a default judgment against all defendants, ordering the return of the collection to the plaintiff.⁴¹

35. As defendants failed to comply with the restitution order, plaintiff sought and obtained civil contempt sanctions in the amount of \$50,000 per day until compliance. Once the sanctions had accrued to over \$175 million and were made enforceable through interim judgments, plaintiff attempted to collect them by attaching the property of three companies located in the US that were owned and controlled by the Russian Federation, based on the alter ego doctrine.⁴² At this stage, however, the District

³⁸ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters of 1 February 1971 (entry into force: 20 August 1979), 1144 UNTS 249.

³⁹ *Jurisdictional Immunities* (n 12) 62–78.

⁴⁰ FOX and WEBB (n 18) p. 475.

⁴¹ *Agudas Chasidei Chabad of US v Russian Federation* [2010] 729 FSupp2d 141.

⁴² Tenex-USA, a third-tier subsidiary of the Russian State Atomic Energy Corporation; its parent company, Tenex Joint-Stock Company; and State Development Corporation VEB.RF (VEB), a Russian state development bank.

of Columbia Circuit Court rejected plaintiff's action and voided the underlying restitution order on grounds of sovereign immunity.⁴³

36. The reconsideration of the parties' rights, fourteen years after the initial restitution order, stemmed from the evolving interpretation of the immunity framework established by the 1976 Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA), and specifically its "expropriation exception."⁴⁴ Whereas the 2010 judgment proceeded on the assumption that the fulfilment of either of the exception's two clauses was sufficient to displace foreign state immunity, later jurisprudence has converged on the view that the second clause only extends jurisdiction upon state agencies and instrumentalities.⁴⁵ As the *Chabad* claim failed to satisfy the requirements of the first clause, the court ultimately held that the Russian Federation was immune from the restitution claim under the FSIA.

37. In that sense, it is interesting that the *Chabad* court expressly addressed the doctrine of jurisdictional finality, which extends principles of *res judicata* to jurisdictional determinations, excluding its applicability to the case at hand. It justified its conclusion on two grounds. First, the parties against which Chabad sought enforcement had not participated in the original proceedings and therefore did not have the opportunity to engage in the immunity assessment. Second, in the context of a default judgment, defendants were deemed to have preserved the right to raise jurisdictional objections at the enforcement stage. This case provides a further example of how immunity questions may resurface at later stages of proceedings, even long after their initial resolution, as views on immunity change not only across states, but also throughout time.

3. Alternative Pathways

38. The Dutch court's refusal to recognise and enforce the Ukrainian judgment against Gazprom as an alter ego of the Russian Federation might discourage other natural or legal persons who suffered damage from Russia's aggression from pursuing a similar litigation strategy. Since the Ukrainian courts' approach to the sovereign immunity of the Russian Federation as an aggressor state will most likely preclude the recognition and enforcement of their decisions abroad, claimants might choose to explore alternative pathways.

A) Arbitration

39. Rather than pursuing domestic litigation and seeking recognition and enforcement abroad, international arbitration might prove a more promising avenue. A piece of evidence which points in that direction is the arbitral award rendered by an International Chamber of Commerce tribunal in Zurich against Gazprom on 20 June 2025—within three weeks after the decision of the District Court of The Hague. In *Naftogaz v. Gazprom*, Ukraine's state-owned oil and gas company requested payment from Gazprom under a contract concerning gas transit services from 2019. The tribunal found that Gazprom had violated its obligations through a failure to make complete or timely payments, and Naftogaz was awarded \$1.37 billion as a result.⁴⁶ This is only the most recent development of a protracted legal battle

⁴³ *Agudas Chasidei Chabad of United States v Russian Federation* [2024] 110 F4th 242.

⁴⁴ 28 U.S. Code § 1605(a)(3): "A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case in which rights in property taken in violation of international law are in issue and that property or any property exchanged for such property is present in the United States in connection with a commercial activity carried on in the United States by the foreign state; or that property or any property exchanged for such property is owned or operated by an agency or instrumentality of the foreign state and that agency or instrumentality is engaged in a commercial activity in the United States".

⁴⁵ *Simon v Republic of Hungary* [2016] 812 F3d 127; *De Csepel v Republic of Hungary* [2017] 859 F3d 1094.

⁴⁶ *National Joint Stock Company Naftogaz of Ukraine v. Public Joint Stock Company Gazprom (III)*, ICC Case No. 27245/GL, Final Award of 20 June 2025.

between the two companies which originated in 2014, when Naftogaz sought compensation for the illegal expropriation of its assets in Crimea following annexation by Russia.⁴⁷ Naftogaz obtained a \$5 billion award for which it is currently seeking enforcement across ten jurisdictions. The successful enforcement of the first award gives reason to believe that the more recent one might also realise at least part of its potential.⁴⁸

40. *Naftogaz v. Gazprom* differs, of course, from the present case in that relief was sought against Gazprom for its own actions—and not as a mere alter ego of the Russian Federation. This might, however, precisely be the key to the success of the arbitration. Future legal actions against Gazprom can prove successful and effective when they amount to more than a legal strategy to circumvent state immunity by way of seeking recognition of domestic decisions directly at the enforcement stage.

B) Register of Damage for Ukraine

41. In reaction to Russia's aggression against Ukraine, the Council of Europe has set up the Register of Damage caused by the Aggression of the Russian Federation against Ukraine, headquartered in The Hague, on 12 May 2023.⁴⁹ Article 1 of its Statute confers upon the register the mandate to "record [...] evidence and claims information on damage, loss or injury" in connection to Russia's internationally wrongful acts against Ukraine. The Register serves as "the first component of a future international comprehensive compensation mechanism."⁵⁰ It allows for natural persons, legal entities, and the State of Ukraine to report damages suffered in connection with the aggression;⁵¹ the priority currently is to record damages to private individuals.⁵²

42. Claimants exploring the Register as an alternative pathway should, however, be aware that little to no progress has been made so far towards the creation of a compensation fund;⁵³ the future utility of the Register as a remedy for damages relating to the military aggression is thus uncertain. Still, it does seem at least not less likely that claimants would ultimately obtain compensation through the Register than on the basis of court decisions that third states cannot recognise and enforce.

V. Conclusion

43. The District Court of The Hague was right to deny Zhnyva's request for exequatur, although its reasoning was not always convincing nor airtight. Seemingly eager to pass judgment on the question of state immunity, the court glossed over concerns regarding the applicability of the 2019 Hague Convention, whose Article 2(5) seems to represent a major limit to the circulation of judgments under the Convention. In the absence of a principle of mutual trust between the courts of the states parties, both the court in the original jurisdiction and the one in the jurisdiction where recognition and enforcement

⁴⁷ *National Joint Stock Company Naftogaz of Ukraine v. Public Joint Stock Company Gazprom (I)*, SCC Case No. V2014/078/080, Final Award of 22 December 2017.

⁴⁸ In particular in connection to the Russian courts' assertion of jurisdiction upon sanctions-related disputes and the issuing of parallel anti-suit injunctions: see ACERIS LAW LLC, 'Naftogaz v. Gazprom: Final Arbitral Award Rendered, Enforcement Proceedings Imminent', *Aceris Law*, 13 July 2025 <<https://web.archive.org/web/20260113121151/https://www.acerislaw.com/naftogaz-v-gazprom-final-arbitral-award-rendered-enforcement-proceedings-imminent/>> accessed 13 January 2026.

⁴⁹ Council of Europe, *Resolution CM/Res(2023)3 establishing the Enlarged Partial Agreement on the Register of Damage Caused by the Aggression of the Russian Federation against Ukraine* (16 May 2023).

⁵⁰ A. MEŻYKOWSKA, 'Register of Damage for Ukraine' in M. BALCERZAK and E. CAŁA-WACINKIEWICZ (eds), *Legal Perspectives on the Russia-Ukraine War*, London, Routledge, 2025, p. 74.

⁵¹ Register of Damage Caused by the Aggression of the Russian Federation Against Ukraine, *Categories of Claims Eligible for Recording* (RD4U-Board(2024)07-Rev1-EN).

⁵² MEŻYKOWSKA (n 50).

⁵³ *ibid* 82.

are sought must determine that they are *not* incompetent due to the sovereign immunity of a third state. This is a very high threshold—and one that effectively nullifies the territorial tort exception in connection to the recognition and enforcement process. Article 2(5) thus turns into a point of friction between the Convention’s goal to achieve uniformity, and state immunity as a concept of public international law that continues to be hotly debated.

44. Even though it proved unsuccessful in this case, the Ukrainian approach to limit immunity for actions relating to aggressive war is not necessarily without consequence. The law of state immunity, after all, is “very much in the hands of domestic courts.”⁵⁴ The recent and consistent Ukrainian jurisprudence in this sense still represents instances of state practice which can ultimately prove relevant for determining the content of customary rules of the international law on sovereign immunity.

45. At present, however, an exception to sovereign immunity from jurisdiction for acts connected to aggressive war, as formulated in Ukrainian case law, does not appear to exist in customary international law. With its decision, the District Court at The Hague pushed back against a lawfare strategy based on that assumption. As such, the present ruling identifies the immediate limits (at least in terms of circulation) to practices of judicial activism in connection to “political questions.”⁵⁵ The strategy of discursively approximating the loss of grain to Russia’s military aggression clearly backfired. After all, the close connection to the Russian aggression was a core argument for the Zaporizhzhia Commercial Court’s decision not to recognise Russia’s sovereign immunity. Before the District Court of The Hague, however, it was precisely the close connection between the tortious conduct and the Russian Federation’s military aggression which the Ukrainian plaintiff continued to emphasise that obligated the court to respect Russia’s immunity and led it to declare itself incompetent.

46. Finally, the decision of the District Court of The Hague shows that the day-to-day operating life of international law goes on. Even at a time when there seems to be little respect for international law among a concerning number of world leaders,⁵⁶ much of it remains intact and continues to function in the background.

⁵⁴ As observed by B. CONFORTI, ‘The Judgment of the International Court of Justice on the Immunity of Foreign States: A Missed Opportunity’ (2011) 21 *The Italian Yearbook of International Law Online*, p. 142.

⁵⁵ For a critical analysis of this phenomenon within Ukrainian borders pre-Russian invasion, see A. KOLDASHOV and D. HROZA, ‘Judicial Activism in Ukraine: Advantages, Risks and Legal Boundaries’ (2024) 48 *Право та інновації*.

⁵⁶ M. YANG, “‘I Don’t Need International Law’: Trump Says Power Constrained Only by ‘My Own Morality’”, *The Guardian*, 8 January 2026 <<https://web.archive.org/web/20260111020212/https://www.theguardian.com/us-news/2026/jan/08/trump-power-international-law>> accessed 15 January 2026.

All or nothing? The relation between the mosaic jurisdiction and the centre of interests connecting factor. Commentary on the decision of the Polish Supreme Court of 18 February 2025, ref. no. II CSKP 1586/22

Il rapporto tra l'approccio a mosaico nella determinazione della giurisdizione e il criterio di collegamento del centro degli interessi. Commento alla sentenza della Corte Suprema polacca del 18 febbraio 2025, n. rif. II CSKP 1586/22

ALEKSANDRA WASIELEWICZ

Assistant at the Department of Civil Procedure

Faculty of Law and Administration

Nicolaus Copernicus University in Torun

ORCID ID: 0000-0002-4614-3416

Recibido: 23.12.2025 / Aceptado: 18.01.2026

DOI: 10.20318/cdt.2026.10300

Abstract: The paper discusses the Polish Supreme Court's decision of 18 February 2025, ref. no. II CSKP 1586/22 – the continuation of the case in which the CJEU previously had the opportunity to adjudicate, i.e. *Mittelbayerischer Verlag KG v. SM* (judgment of 17 June 2021, C-800/19). The decision of the Polish Supreme Court addressed the issue of the scope of jurisdiction of national courts, namely, the relation between the principle of mosaic jurisdiction and the application of the centre of interests connecting factor. This case illustrates that the application of the mosaic jurisdiction alleviates the strictness of the requirements needed to establish the place of the centre of interests. The commented case concerns the violations of personality rights caused by statements that constitute a historical falsification published online. The broad protection afforded by Polish substantive law in such cases presents difficulties in relation to the jurisdictional rules of EU law. It is observed that, in the context of protecting personality rights, differences in the substantive law of Member States indirectly influence how the issue is perceived in the case law of the CJEU. Particular challenges emerge when applying infringement assessment mechanisms, used for defamation, to the protection of specific personality rights¹.

Keywords: jurisdiction, Brussels Ibis Regulation, personality rights, online defamation

Riassunto: Il contributo esamina la sentenza della Corte Suprema polacca del 18 febbraio 2025, n. rif. II CSKP 1586/22. Si tratta del seguito nazionale sul caso su cui la Corte di giustizia dell'Unione europea aveva già avuto modo di pronunciarsi, ovvero *Mittelbayerischer Verlag KG contro SM* (sentenza del 17 giugno 2021, C-800/19). La decisione della Corte Suprema polacca ha affrontato la questione dell'ambito di competenza dei tribunali nazionali, in particolare il rapporto tra l'approccio a mosaico

¹ The present contribution finds its roots in the lectures held during the 2025 IISS-EAPIL Winter School in European Private International Law, which the Author attended to.

nella determinazione della giurisdizione e l'applicazione del criterio di collegamento del centro degli interessi della persona danneggiata. Questo caso dimostra che l'applicazione del principio attenua la severità dei requisiti necessari per stabilire il luogo del centro degli interessi. Il caso commentato riguarda le violazioni dei diritti della personalità causate da dichiarazioni che costituiscono una falsificazione storica pubblicata online. L'ampia tutela offerta dal diritto sostanziale polacco in tali casi presenta difficoltà in relazione ai titoli di giurisdizione stabiliti dal diritto dell'Unione europea. Si osserva che, nel contesto della tutela dei diritti della personalità, le differenze nel diritto sostanziale degli Stati membri influenzano indirettamente il modo in cui la questione viene percepita nella giurisprudenza della Corte. Particolari difficoltà emergono nell'applicazione dei meccanismi di valutazione della violazione, utilizzati per la diffamazione, alla tutela di specifici diritti della personalità.

Parole chiave: *Itatus, tem. Et la voles mo quidel maximo volluptate nonseque earciti onsequam rehenisimus ut porro omnis ut id que ad molessit ut officturi ullant fugia con nem exerferum fuga. Con-sedia perios ex et es nate excest, volorpo rendandam quatemqui idebitio. Am re, ipsumqui quam, qui corro dolupta*

Sumario: I. Introduction. II. Facts of the case and proceedings to date. 1. Facts of the case. 2. Preliminary ruling and CJEU judgment. 3. Decision of the Polish Supreme Court. III. Commentary. 1. Jurisdiction in infringements of personality rights. 2. Coexistence of the mosaic approach and the centre of interests connecting factor. 3. Problems stemming from extending the mosaic approach to online publications. 4. Infringements of personality rights and the protection of fundamental rights. 5. Differences in the perception of personality rights across national legal systems. IV. The problem of non-recognition of Polish judgments in Germany – mention. V. Conclusion

I. Introduction

1. The development of communication technologies has caused the dissemination of information to take place through the mass media, most frequently via the internet. Its ubiquity contributes to an increase in the number of cross-border disputes concerning violations of rights relating to personality, including defamation. This requires establishing jurisdiction in cases involving compensation for damage suffered or injunctions to remove defamatory content or to issue an apology.

2. A particular form of infringement of personality rights is the dissemination of statements that constitute a historical falsification. It should be noted that the Polish legal system provides protection in such cases under certain conditions. As the case discussed in this commentary illustrates, the broad protection afforded by Polish substantive law presents difficulties in relation to the jurisdictional rules of the EU lawmaker. Furthermore, in the context of protecting personality rights, differences in the substantive law of Member States are noticeable, which indirectly influence the perception of this issue in the case law of the Court of Justice of the European Union (CJEU).

3. Against the backdrop of violations of personality rights caused by statements published online, challenges in the application of Article 7(2) of the Brussels Ibis Regulation¹ are particularly striking. The interpretation of this provision has been the subject of numerous CJEU's rulings. However, they have not resolved all ambiguities and, moreover, have introduced additional difficulties. Another challenge is the lack of unification of conflict of laws rules, indicating the law applicable to non-contractual obligations arising from violations of personality rights, which necessitates resorting to different national conflict of laws rules (art. Article 1(2)(g) of the Rome II Regulation²).

¹ Regulation (EU) No. 1215/2012 of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), OJ L 351, 20.12.2012, p. 1.

² Regulation (EC) No. 864/2007 of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), OJ L 199, 31.7.2007, p. 40.

4. The Polish Supreme Court's (*Sąd Najwyższy*) decision of 18 February 2025, issued in case ref. no. II CSKP 1586/22 calls for a further examination of this issue³. It is a continuation of the case in which the CJEU previously had the opportunity to adjudicate, i.e. *Mittelbayerischer Verlag KG v. SM*⁴, defining the criteria for applying the connecting factor of the centre of interests of the alleged victim. The case was viewed in a slightly altered light, as the recent decision of the Polish Supreme Court addresses the issue of the scope of jurisdiction of national courts, i.e., the relation between the principle of mosaic jurisdiction and the application of the centre of interests connecting factor.

II. Facts of the case and proceedings to date

1. Facts of the case

5. Mittelbayerischer Verlag KG, a company based in Germany, which manages a German-language regional online newspaper on its website, published an article about a Holocaust survivor whose sister, according to the publication, "was murdered in the Polish extermination camp in Treblinka".

6. It is an indisputable historical fact that Treblinka was a German Nazi extermination camp that existed during World War II on the territory of occupied Poland. The term "Polish extermination camp" is perceived very negatively in Poland due to the tragic fate of the country and its citizens during World War II. The erroneous term cited above may give some readers the false impression that it was Poles who created the death camps and are responsible for the crimes committed there. Such a statement is certainly shocking to people who were themselves prisoners of these camps or whose relatives were killed by the German occupiers during World War II.

7. In view of the above, a Polish citizen (a former prisoner of the Auschwitz extermination camp), who was shocked by the phrase "Polish death camp", filed a lawsuit against Mittelbayerischer Verlag KG in the Regional Court in Warsaw. The claimant demanded protection of his personality rights, in particular his national identity and national dignity, which he considered to have been violated by the use of the aforementioned term⁵. According to claimant, the jurisdiction of the court in Warsaw was justified by the location of his centre of interests. The defendant raised a plea of inadmissibility, arguing that the Polish courts lacked jurisdiction to hear the action. Although the Regional Court in Warsaw refused to dismiss the claim, the Court of Appeal in Warsaw had doubts on this issue, which prompted it to refer the matter to the CJEU for a preliminary ruling.

2. Preliminary ruling and CJEU judgment

8. The particularity of the case in question, compared to those previously examined by the CJEU, was that the disputed online publication did not contain information directly or indirectly referring to the person seeking protection, but contained information or statements suggesting reprehensible actions on the part of the community to which that person belongs. The Court of Appeal, therefore, had doubts as to the interpretation of Article 7(2) of the Brussels Ibis Regulation, specifically whether, in such circumstances, the court has jurisdiction to hear an action in respect of the entirety of the alleged damage based on the centre of interests connecting factor⁶.

³ Decision of the Polish Supreme Court of 18 February 2025, ref. no. II CSKP 1586/22.

⁴ CJEU 17 June 2021, *Mittelbayerischer Verlag KG v. SM*, C-800/19, ECLI:EU:C:2021:489.

⁵ The claimant's request included prohibiting the defendant from disseminating in any way the terms "Polish death camp" or "Polish concentration camp", ordering the defendant to publish on its website a statement with the content specified in the application, apologising to the applicant for the infringement of his personality rights, ordering the defendant to pay the amount of 50 000 Polish zlotys (about 11 800 euros) to the Polski Związek Byłych Więźniów Politycznych Hitlerowskich Więzień i Obozów Koncentracyjnych (Polish Association of Former Political Prisoners of Nazi Prisons and Concentration Camps).

⁶ CJEU *Mittelbayerischer*, para. 24.

9. According to the CJEU's judgment, the provisions of the Regulation must be interpreted as meaning that the courts of the place in which the centre of interests of a claimant is situated have jurisdiction to hear, in respect of the entirety of the alleged damage, an action for damages brought by that person only if that content contains objective and verifiable elements which make it possible to identify, directly or indirectly, that person as an individual⁷.

10. The CJEU noted in particular that in the case in question, the content published online did not concern the claimant himself or identify him in any way. The CJEU's reasoning focused primarily on the objectives of the Regulation in terms of the need to ensure the predictability of the rules and the principle of legal certainty, as well as the requirement for a particularly close connection between the dispute and the court⁸. It was accepted that, in order to achieve those objectives, the connection cannot be based solely on subjective factors, relating to the individual sensitivity of that person, but on objective and verifiable elements which make it possible to identify, directly or indirectly, that person as an individual. The mere fact that a person belongs to a vast identifiable group does not allow those objectives to be achieved, since the centres of interests of the members of such a group may potentially be located in any EU Member State⁹. In such circumstances, there is no particularly close connection between the courts of the place where the centre of interests of the person relying on those personality rights is situated and the dispute concerned, therefore that court does not have jurisdiction to hear that dispute under Article 7(2) of the Brussels Ibis Regulation¹⁰.

11. Following the CJEU judgment, the Court of Appeal in Warsaw found that the defence of lack of jurisdiction was justified and dismissed the action in its entirety based on Article 1099 § 1 sentence 2 of the Polish Code of Civil Procedure¹¹. The Court of Appeal considered that the interpretation of Article 7(2) of the Brussels Ibis Regulation, as adopted in the CJEU ruling, effectively implies a lack of jurisdiction for Polish courts¹².

3. Decision of the Polish Supreme Court

12. The claimant brought a cassation appeal against the decision issued by the Court of Appeal to the Supreme Court. In its decision of 18 February 2025, ref. no. II CSKP 1586/22, the Supreme Court overturned the decision regarding the dismissal of the action and remanded the case to the Court of Appeal in Warsaw for reconsideration. In its ruling, the Supreme Court held that failure to meet the conditions specified by the CJEU regarding the requirement of a centre of interests does not mean that there is a lack of jurisdiction, but only affects its scope.

⁷ CJEU *Mittelbayerischer*, para. 47.

⁸ CJEU *Mittelbayerischer*, paras. 37-42.

⁹ CJEU *Mittelbayerischer*, para. 43.

¹⁰ CJEU *Mittelbayerischer*, para. 45. On the ruling see, further, for example: H. MUIR WATT, "Le for de l'atteinte à la dignité d'une nation : l'article 7-2° du règlement Bruxelles I bis n'accueillera pas l'actio popularis", *Revue critique de droit international privé*, 2021, p. 911; Ł. DYRDA, "Dotychczasowa praktyka i orzecznictwo dotyczące jurysdykcji krajowej w sprawach o ochronę dóbr osobistych a wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 17.06.2021 r., C-800/19, *Mittelbayerischer Verlag KG przeciwko SM*" [Hitherto Practice and Case Law Regarding Jurisdiction in Matters Relating to Infringement of Personality Rights and CJEU Judgment of 17 June 2021, C-800/19, *Mittelbayerischer Verlag KG v. SM*], *Europejski Przegląd Sądowy*, no. 7, 2022, pp. 35-43.

¹¹ The Code of Civil Procedure of 17 November 1964, unified text, Journal of Laws of the Republic of Poland of 2024, item 1568 as amended. The full text of the provision reads as follows: Art. 1099 § 1. The court shall ex officio take into consideration the lack of domestic jurisdiction at any stage of the case. If the lack of domestic jurisdiction is determined, the court shall reject a statement of claim or petition, subject to Article 1104 § 2 or Article 1105 § 6.

¹² § 2. Lack of domestic jurisdiction constitutes the basis for the proceedings to be declared invalid.

¹² Decision of the Court of Appeal in Warsaw of 16 July 2021, I ACz 605/19.

13. The Supreme Court had no doubt that the interpretation adopted in the CJEU judgment in *Mittelbayerischer* precludes the possibility of granting the Polish court jurisdiction in respect of the entirety of the alleged damage. The Supreme Court shared the CJEU's view that the requirement of predictability of rules and legal certainty necessitates that content published online that infringes someone's personality rights must contain elements allowing for the direct or indirect individual identification of that person. In the Supreme Court's opinion, any additional objective details concerning the claimant's personal history and activities, distinguishing him from other persons of Polish nationality, were not reflected in the disputed online publication and did not allow for his individual identification and for the defendant to predict where his centre of interests is located.

14. What is particularly important is that the Supreme Court pointed out that the Court of Appeal did not address at all the question of whether, in the present case, the Polish courts have jurisdiction based on the so-called mosaic rule, i.e. limited to damage caused in Poland. The Supreme Court rightly emphasised that the referring court had drawn an incorrect conclusion from the CJEU's statement that it was inadmissible to establish, in the circumstances of the case, the alternative jurisdiction of the court of the place where the damage occurred based on Article 7(2) of the Brussels Ibis Regulation.

15. In justifying its position, the Supreme Court referred to the existing case law of the CJEU, which indicates that, despite the inability to bring an action before Polish courts for liability for all the damage suffered, the claimant is also entitled to bring an action before the courts of any Member State in whose territory the online content is or was available. However, such jurisdiction is limited to the damage caused in the *forum* State. According to the mosaic rule, the jurisdiction of Polish courts in the case in question is therefore possible, and the dismissal of the claim in its entirety was unjustified. However, the jurisdiction of Polish courts is limited and may only concern damage suffered in Poland.

16. Furthermore, it was pointed out that the claim for the rectification or removal of the allegedly harmful online content is indivisible, so it can only be brought before a court with jurisdiction to rule on the entirety of an application. However, it is possible to bring a claim for monetary compensation for damage caused in the territory of the Member State where the court to which the action was brought is located, even if those courts do not have jurisdiction to hear the claim for the rectification or removal of the allegedly harmful content posted on the internet.

17. The Supreme Court also recalled that in its judgment in *Mittelbayerischer*, the CJEU did not refer explicitly to the concept of jurisdiction based on the mosaic rule, but (as suggested by Advocate General M. Bobek)¹³ indicated several times that its ruling concerned the jurisdiction of the court to hear an action for damages in respect of all the damage suffered, which leaves no doubt that its statement concerned only full jurisdiction based on the centre of interests connecting factor. At the same time, neither in the grounds for the preliminary ruling nor in the grounds for its decision did the Court of Appeal refer in any way to whether Polish courts may have jurisdiction in relation to liability for damage caused to the claimant in Poland. It was therefore unclear whether the Court of Appeal had overlooked this issue or had dismissed such a possibility regarding both non-pecuniary and pecuniary claims.

18. In the view of the Supreme Court, it was therefore necessary to overturn the contested decision and send the case back to the Court of Appeal for reconsideration. When re-examining the case, the Court of Appeal will therefore need to address the issue of jurisdiction based on the mosaic rule and the question of the divisibility of the claimant's claims, which may also depend on technical factors (e.g., the technical possibility of restricting access to certain content published on the internet to readers from a specific country). The action included both non-pecuniary claims (for an injunction prohibiting the dissemination of the specified terms and an order to publish an apology) and pecuniary claims (an award

¹³ Opinion of Advocate General M. BOBEK of 23 February 2021, *Mittelbayerischer Verlag KG v SM*, C-800/19, ECLI:EU:C:2021:124, paras. 39-40, 44.

of 50 000 Polish zlotys, which is about 11 800 euros). When reconsidering the case, the court must determine whether these claims pertain to infringements within Poland or outside its borders.

III. Commentary

1. Jurisdiction in infringements of personality rights

19. A special basis for jurisdiction in matters relating to tort, delict or quasi-delict is provided for in Article 7(2) of the Brussels Ibis Regulation. The scope of this provision covers cases concerning violations of personality rights¹⁴. Against the background of the regulations preceding the current Brussels Ibis Regulation, certain principles related to the interpretation of the general rule on torts have developed in the case law of the CJEU, which remain valid¹⁵.

20. The 1976 *Bier* judgment indicated that this provision refers both to the place where the event causing the damage occurred and to the place where the damage occurred¹⁶. It is the interpretation of the concept of the place where the damage materialises that constitutes the main starting point for the application of this provision in cases concerning violations of personality rights committed through the mass media, including online. The issue of localisation of the place of the event, causing the infringement of personality rights, raises far fewer doubts¹⁷.

21. With regard to cases concerning defamation in printed publications, the interpretation was offered in the 1995 *Fiona Shevill* judgment, which resulted in the adoption of the principle of so-called mosaic jurisdiction. According to the *Shevill* doctrine, an action for damages brought by the alleged victim against a publisher may be brought before the courts of each Member State in which the publication was distributed and where the victim claims to have suffered injury to his reputation. However, the courts of each State have limited jurisdiction, being able to rule solely in respect of the damage caused in the State of the court seised¹⁸. The interpretation of the place of the damage based on the mosaic principle, therefore, involves the fragmentation of jurisdiction among the courts of the individual States of distribution of the press material.

22. The development of digital technologies has required the interpretation of the concept of the materialisation of the place of the damage concerning infringements committed online, which occurred in the 2011 *eDate* judgment. It was acknowledged that a person who has suffered an infringement of personality rights online may bring an action before a single court in respect of all the damage suffered. The CJEU established a new basis for jurisdiction, namely the centre of interests of the alleged victim¹⁹. It will usually coincide with the location of the alleged victim's habitual residence, although this is not always the case²⁰.

¹⁴ P. MANKOWSKI, Art. 7, in U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *European Commentaries on Private International Law, Vol. I, Brussels Ibis Regulation*, Otto Schmidt, Köln 2023, p. 256, para. 248.

¹⁵ This refers to Article 5(3) of the Brussels Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters (OJ L 299, 31.12.1972, p. 32) and Article 5(3) of Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters Brussels I (OJ L 12, 16.1.2001, p. 1).

¹⁶ CJEU 30 November 1976, *Bier v. Mines de Potasse d'Alsace*, C-21/76, ECLI:EU:C:1976:166.

¹⁷ E. LEIN, *Jurisdiction in Matters Relating to Tort, Delict, or Quasi-Delict (Art 7(2))*, in A. DICKINSON/E. LEIN (eds.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 164, para. 4.95; K. WEITZ, "Forum delicti commissi w sprawach o naruszenie dóbr osobistych w Internecie w świetle art. 5 pkt 3 rozporządzenia nr 44/2001" [Forum delicti commissi in matters for the breach of personality rights on the Internet under article 5 (3) of the Regulation no. 44/2001], *Polski Proces Cywilny*, vol. 3, 2013, pp. 320-321.

¹⁸ CJEU 7 March 1995, *Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL and Chequepoint International Ltd v. Presse Alliance SA*, C-68/93, ECLI:EU:C:1995:61.

¹⁹ CJEU 25 October 2011, joined cases *eDate Advertising GmbH v. X and Olivier Martinez, Robert Martinez v. MGN Limited*, C-509/09 and C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685.

²⁰ Hence, legal doctrine states that, as a result of the adopted interpretation, a *de facto forum actoris* has been created for

23. Next, the rules of jurisdiction regarding remedies available to the injured party also needed to be clarified. These can be divided into “divisible” claims, such as monetary compensation, and “indivisible” claims, including a claim for the rectification or removal of allegedly harmful online content, a public apology, etc. It may be difficult to make this distinction precisely. However, it is generally accepted that the former should be considered as measures that are capable of being split between the jurisdictions of the adjudicating courts, while the latter should be considered as measures that can only be awarded and executed once²¹. These issues were considered by the CJEU in its judgments in *Bolagsupplysningen*²² and *Gtflif Tv*²³. In the first case, it was pointed out that an action for rectification or removal of harmful information, as well as compensation for all the damage sustained is only possible before a court with jurisdiction to hear over the entire claim, i.e. before the courts of the Member State in which the alleged victim centre of interests is located or the place where the defendant is domiciled. Courts with limited, mosaic jurisdiction may only grant “divisible” measures. However, in the *Gtflif Tv* judgment, it was pointed out that the claimant who seeks not only the rectification of the information and the removal of the content placed online but also compensation for the damage resulting from that placement may claim, before the courts of each Member State in which those comments are or were accessible, compensation for the damage suffered in the Member State of the court seised, even though those courts do not have jurisdiction to rule on the application for rectification and removal. What is important, in both rulings, the CJEU confirmed the application of the mosaic approach²⁴.

24. The judgments analysed above provide the background for an analysis of the CJEU’s statement in the *Mittelbayerischer* case. This ruling clarifies the conditions necessary for the existence of a *forum* of the centre of interests of the alleged victim, considering this issue from the perspective of identifying that person. It should therefore be recognised that this judgment concerns the scope of jurisdiction of the place where the damage occurred in online infringements of personality rights.

2. Coexistence of the mosaic approach and the centre of interests connecting factor

25. Considering the CJEU’s case law to date, the Supreme Court’s ruling in case ref. no. II CSKP 1586/22 is deserving of approval. It corrected the ruling of the Court of Appeal, which erroneously assumed that, in the circumstances of the case, Polish courts not only lacked jurisdiction based on the centre of interests but also lacked jurisdiction altogether. The inability of the court to exercise jurisdiction based on the centre of interests connecting factor does not affect the jurisdiction of that court as the court of the place where the damage occurred. It should be emphasised that the centre of interests connecting factor did not replace the mosaic approach but was added in parallel as an alternative²⁵.

26. In other words, if it is not possible to identify the claimant, even indirectly, the court of the place where the centre of the claimant’s interests is located cannot rule on the entirety of the alleged damage. Nevertheless, the court of that Member State retains jurisdiction as the court of the place where the damage occurred, on the grounds that the content online is or was accessible in its territory. However, the scope of jurisdiction remains limited to the damage caused in this Member State²⁶.

infringements committed online, see T. LUTZI, “Shevill is dead, long live Shevill!”, *The Law Quarterly Review*, vol. 134, 2018, p. 212.

²¹ AG BOBEK, *Mittelbayerischer*, para. 35.

²² CJEU 17 October 2017, *Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Ilsjan v. Svensk Handel AB*, C-194/16, ECLI:EU:C:2017:766.

²³ CJEU 21 December 2021, *Gtflif Tv v. DR*, C-251/20, ECLI:EU:C:2021:1036.

²⁴ CJEU *Bolagsupplysningen*, paras. 31-32; CJEU *GtflifTv*, para. 30.

²⁵ AG BOBEK, *Mittelbayerischer*, paras. 31, 40; P. MANKOWSKI, *Art. 7*, in U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *op. cit.*, p. 312, para. 364.

²⁶ K. WEITZ, *op. cit.*, p. 328; L. GILLES, “Jurisdiction for Cross-Border Breach of Personality and Defamation: eDate Advertising and Martinez”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 61, 2012, pp. 1015-1016.

27. Therefore, regardless of whether it would be possible to establish jurisdiction on the basis of the centre of interests connecting factor, the mosaic rule still allows each national court to consider itself competent in relation to the divisible measures within its jurisdiction²⁷. Applying these considerations to the case in question, the position of the Supreme Court becomes clear, according to which Polish courts, as the courts of the place where the damage occurred, may rule on that part of the damage which was caused in Poland.

28. It is argued in the doctrine that by making the jurisdiction of the court of the place where the centre of interests is located subject to certain conditions – such as the requirement of the identification of the claimant as an individual – the CJEU has introduced a specific predictability clause which affects the scope of the jurisdiction²⁸. Given that Article 7(2) of the Brussels Ibis Regulation refers only to the place of the event and the place where the damage occurred, the fulfilment of an additional condition in the form of proving the place of the centre of interests, and consequently the need to identify the injured party individually, raises legitimate doubts²⁹.

29. The parallel coexistence of the mosaic principle and the centre of interests connecting factor causes several problems, particularly those arising from the incompatibility of the *Shevill* doctrine with infringements committed online. However, as the facts of the case demonstrate, the application of the mosaic jurisdiction undoubtedly alleviates the strictness of the requirements needed to establish the place of the centre of interests, enabling the claimant to bring the case before the court despite not meeting these requirements.

3. Problems stemming from extending the mosaic approach to online publications

30. The principle of mosaic jurisdiction was based on the distribution of printed copies of a specific magazine in a specific Member State, which was limited by definition. The idea of territorial distribution, therefore, seems to fit in with the territorially limited jurisdiction. This rule yielded reasonable results in cases involving defamation before the advent of the internet, as it was possible to predict and control where, for example, a press article, radio or television broadcast would be disseminated. In the case of information published on the internet, this is only possible to a limited extent, if at all. Applying this rule in such cases means that an internet publisher no longer has the option of choosing in which jurisdiction to distribute its publications³⁰.

31. The automatic extension of the mosaic approach to claims arising from online publications raises doubts³¹. This is because such an approach does not fully consider the key features of this medium. Content made available online is accessible immediately and almost everywhere in the world. Generally, it has no geographical limits³².

32. The unsuitability of the *Shevill* doctrine for internet torts was already raised in the *eDate* case, in which justification was sought for the introduction of a new jurisdictional rule³³. However, the

²⁷ AG BOBEK, *Mittelbayerischer*, para. 41.

²⁸ Ł. DYRDA, *op. cit.*, p. 42.

²⁹ M. ŚWIERCZYŃSKI/R. JOKUBAUSKAS, “Special Jurisdiction in Infringements of Personality Rights”, *Polish Yearbook of International Law*, vol. XLI, 2021, p. 247.

³⁰ J. OSTER, “Rethinking Shevill. Conceptualising the EU private international law of Internet torts against personality rights”, *International Review of Law, Computers & Technology*, vol. 26, nos. 2–3, 2012, p. 116.

³¹ See, for example, T. LUTZI, “Internet Cases in EU Private International Law— Developing A Coherent Approach”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 66, 2017, pp. 691-695; T. KYSELOVSKA, “Critical Analysis of the ‘Mosaic Principle’ Under Art. 7 Para 2 Brussels Ibis Regulation for Disputes Arising out of Non-Contractual Obligations on the Internet”, *Prawo Mediów Elektronicznych*, no. 1, 2019, pp. 41-44.

³² J. CARRASCOA GONZÁLEZ, “The Internet – Privacy and Rights Relating to Personality”, *Hague Collected Courses*, vol. 378, 2016, pp. 294–302.

³³ Opinion of Advocate General P. CRUZ VILLALÓN of 29 March 2011, joined cases *eDate Advertising GmbH v. X and Ol-*

CJEU did not decide to completely replace the *Shevill* doctrine with a single special *forum* and put an end to the mosaic in internet cases as well³⁴. It should be added that Advocate General M. Bobek argued for a change in the existing case law by abandoning the dualistic approach in his opinions in the *Bolagsupplysningen*³⁵ and *Mittlebayerischer*³⁶ cases.

33. First of all, the mosaic approach, when applied to online infringements, creates a multiplication of places where damage occurs, which results in jurisdiction being granted in many jurisdictions at the same time. On this basis, jurisdiction would theoretically have to be assigned to each of the courts of the Member State where the online content can be seen. In light of the distribution criterion as defined in the *Shevill* judgment, even a single view leads to the conclusion that distribution has occurred, making jurisdiction available to the claimant³⁷.

34. It is therefore noted that in the *eDate* case, the application of the mosaic principle to online defamation was not only confirmed, but its conditions were relaxed. Whereas, according to the judgment in the *Shevill* case, active dissemination of content in a specific country was required, now, with regard to online defamation, the mere availability of the website is sufficient³⁸. This certainly leads to situations where the jurisdiction of a State in which the publisher does not operate applies, which has been criticised³⁹.

35. The parallel application of the *Shevill* doctrine alongside the centre of interests' rule raises doubts from the perspective of the objectives of the Brussels Ibis Regulation, which are to ensure a high degree of predictability of jurisdictional rules, the proper administration of justice and the efficient organisation of proceedings⁴⁰.

36. The effect of fragmentation of claims also raises concerns, as each State will potentially have jurisdiction in a compensation claim whose scope is limited to the territory of the country concerned. Doubts also arise as to the interplay between proceedings brought before the court of the State where the victim's centre of interests is located and proceedings brought in countries where the content infringing personality rights is or was available. This has highly impractical consequences, resulting in complications with claims coordination. Furthermore, this also creates a high risk of inconsistent judgments being issued in different Member States⁴¹. Additionally, it is worth noting that the application of the mosaic theory raises serious concerns from the perspective of the local jurisdiction of courts of Member States⁴².

37. It was stated in the legal doctrine that maintaining the *Shevill* doctrine in cases of online infringements favours the position of the alleged victim⁴³. However, as Advocate General M. Bobek

ivier Martinez, Robert Martinez v. MGN Limited, C-509/09 and C-161/10, ECLI:EU:C:2011:192, paras. 49-56; CJEU *eDate*, paras. 45-48.

³⁴ CJEU *eDate*, paras. 51-52.

³⁵ AG BOBEK, *Bolagsupplysningen*, paras. 72-90.

³⁶ AG BOBEK, *Mittelbayerischer*, para. 32.

³⁷ M. REYMOND, "The ECJ *eDate* Decision: A Case Comment", *Yearbook of Private International Law*, vol. 13, 2011, p. 502; CJEU *eDate*, para. 51.

³⁸ J.-J. KUIPERS, "Joined Cases C-509/09 & 161/10, *eDate Advertising v. X and Olivier Martinez and Robert Martinez v. MGN Limited*, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 25 October 2011", *Common Market Law Review*, vol. 49, 2012, p. 1222.

³⁹ M. REYMOND, *op. cit.*, p. 502.

⁴⁰ AG BOBEK, *Bolagsupplysningen*, paras. 78-79; M. ŚWIERCZYŃSKI/R. JOKUBAUSKAS, *op. cit.*, p. 239; T. LUTZI, *op. cit.*, pp. 693-694.

⁴¹ AG BOBEK, *Bolagsupplysningen*, paras. 80-82; K. WEITZ, *op. cit.*, pp. 334-335; T. KYSELOVSKA, *op. cit.*, p. 43;

⁴² ŻYREK, *Jurysdykcja krajowa w sprawach zobowiązań elektronicznych w prawie Unii, Europejskiej* [Jurisdiction in matters of electronic obligations in European Union law], C.H. Beck, Warszawa, 2019, pp. 192-194.

⁴³ A. JOHANSON/A. RAPP/A. VATTER, "Mosaiktheorie ad absurdum - Örtliche Zuständigkeit im Rahmen des Art. 7 Nr. 2 EuG-VVO bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen", *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, vol. 121, 2022, pp. 176-192.

⁴⁴ J.-J. KUIPERS, *op. cit.*, pp. 1230-1231.

rightly argues, it is difficult to consider that the possibility of choosing multiple partial jurisdictions effectively protects the interests of the claimant⁴⁴. The claimant is forced to bring multiple actions in multiple countries, which appears highly impractical and costly. However, such an arrangement almost completely excludes the defendant's ability to foresee where the action will be initiated. Additionally, this may lead to the defendant being harassed with oppressive claims brought in multiple jurisdictions⁴⁵. Although only a limited amount of damages can be claimed in such circumstances, the mere threat and potential costs of litigation will already have a negative impact on freedom of expression⁴⁶. Certainly, the mosaic principle increases forum shopping and libel tourism⁴⁷. It must therefore be concluded that multiple jurisdictions do not really serve the legitimate interests of either party, as they entail procedural difficulties for both of them⁴⁸.

38. It is important to highlight the inconsistency in the CJEU's reasoning. The CJEU, on the one hand, correctly considers the challenges in quantifying the damage caused by online infringements of personality rights as a reason to modify the *Shevill* doctrine and permits the alleged victim to claim the full extent of damages before one court. On the other hand, it was also permitted for the alleged victim to claim, in each Member State where the disputed content is or was available online, only part of the damage suffered in that country⁴⁹.

39. In the light of the above, legal doctrine suggests that the most appropriate approach would be not to maintain the *Shevill* doctrine, but to reject it entirely and to adequately define the connecting factor in the place where the effects of the infringement of personality rights occur. The authors propose various solutions in this regard⁵⁰.

40. However, the coexistence of the *Shevill* doctrine and the centre of interests connecting factor also has its supporters. Advocate General G. Hogan, in his opinion in the *Gtflifx Tv* case, pointed out that the problematic features of the mosaic approach are not so fundamental as to justify its abandonment⁵¹. In particular, in his view, the mosaic principle does not generate any problem of coordination in case of concomitant proceedings. Since each national court is only competent to rule on the damages occurring on the territory of the Member State to which it belongs, each will apply a different law, most often the law applicable in each of these territories. Those proceedings will not have the same subject matter, which corresponds to the claims of the person concerned, and cause of action, which refers to the legal and factual basis of those claims⁵².

41. In this context, it should be noted that the question of *lis pendens* and *res judicata* concerning actions brought for part of the damages in different Member States, various positions can be identified⁵³. Contrary to the view that seems to be shared by Advocate General G. Hogan, some authors take the position that proceedings brought under the mosaic rule have the same subject matter and therefore should not be conducted in parallel. The subject matter of the claim should be understood as a request to

⁴⁴ AG BOBEK, *Bolagsupplysningen*, paras. 87-89.

⁴⁵ AG BOBEK, *Bolagsupplysningen*, paras. 87-89; J.-J. KUIPERS, *op. cit.*, p. 1223.

⁴⁶ J.-J. KUIPERS, *op. cit.*, p. 1222.

⁴⁷ M. REYMOND, *op. cit.*, pp. 502-503; J. OSTER, *op. cit.*, pp. 116-117.

⁴⁸ AG BOBEK, *Bolagsupplysningen*, paras. 87-89.

⁴⁹ K. WEITZ, *op. cit.*, pp. 334-335; CJEU, *eDate*, paras. 46, 48.

⁵⁰ However, a detailed presentation of the proposals concerning modifications to the rules for determining jurisdiction in cases involving infringements of personality rights committed online is beyond the scope of this study. On this issue, see, for example, M. ŚWIERCZYŃSKI/R. JOKUBAUSKAS, *op. cit.*, p. 237; J.-J. KUIPERS, *op. cit.*, p. 1222; J. OSTER, *op. cit.*, pp. 121-123; Opinion in *Bolagsupplysningen*, paras. 85, 91-98; T. KYSELOVSKA, *op. cit.*, p. 44, S. ŻYREK, *Jurysdykcja krajowa w sprawach zobowiązań*, cit., p. 213.

⁵¹ Opinion of Advocate General G. HOGAN of 16 September 2021, *Gtflifx Tv v. DR*, C-251/20, ECLI:EU:C:2021:745, paras. 58-66, 84-95.

⁵² AG HOGAN, *Gtflifx Tv*, para. 60.

⁵³ S. ŻYREK, *Jurysdykcja krajowa w sprawach zobowiązań*, cit., pp. 192-193.

establish that the defendant committed a tortious act and that his conduct was unlawful. This means that the subject matter of each of the proceedings brought for part of the damages in accordance with the mosaic rule is always a finding that the defendant is liable for the same act that caused the original damage in several countries. The mosaic rule applies to jurisdiction over part of the damage, not over part of the event that caused it. It is therefore pointed out that differences in the evidentiary proceedings will only concern the determination of the extent of damage suffered as a result of the unlawful act in individual countries and the causal link between the unlawful conduct and the damage suffered to a specific extent. Allowing each court adjudicating under the mosaic rule to determine independently whether an act was committed and whether it was unlawful creates the risk of conflicting judgments⁵⁴.

42. Advocate General G. Hogan, on the other hand, takes the view that the cases have a completely different subject matter precisely because they concern damage in different Member States⁵⁵. It should be noted that the case law of the CJEU also seems to be moving in this direction. In its judgment in *Merck KGaA v. Merck & Co Inc*, it was stated that actions initiated before different courts must be found to have the same subject matter only in so far as the alleged infringements relate to the same territory⁵⁶. The doctrine therefore indicates that, in the context of mosaic jurisdiction, a court of a Member State could stay proceedings only under Article 30(1) of the Brussels Ibis Regulation, i.e. based on the premise of “related actions”. The decision to stay proceedings under this provision is left to the discretion of the court. Furthermore, pursuant to Article 30(2) of the Brussels Ibis Regulation, where the action in the court first seised is pending, any other court may also, on the application of one of the parties, decline jurisdiction if the court first seised has jurisdiction over both actions together. However, this configuration will not arise in the case of a territorially limited jurisdiction based on the mosaic approach⁵⁷.

43. Furthermore, in the opinion of Advocate General G. Hogan in *the Gtflif Tv* case, the lack of harmonisation of the rules for determining the applicable law to defamation means that courts with exclusive jurisdiction to decide on the whole of the damage will have to apply the law of each of the Member States in which the alleged damage is likely to have occurred to rule on any claim for compensation. In his view, the existence of a plurality of competent *fora* is the consequence of the right of claimants to have their dispute decided by the courts that are, because of their proximity to the territory of each of the Member States, the best able to make all the factual assessments. He concludes that the CJEU’s choice to endorse the mosaic approach is an attempt to balance the objective of predictability with that of the sound administration of justice⁵⁸.

44. Respectfully, the Advocate General’s argument could only be considered justifiable if the national conflict of laws rules designating the applicable law used the connecting factor of the place where the damage occurred, interpreted in the same way as the jurisdictional rules, i.e. in accordance with the mosaic rule. By claiming compensation in respect of the entirety of the alleged damage, the alleged victim could therefore theoretically seek to designate the laws of the individual countries of distribution

⁵⁴ It is pointed out that in the event of several cases concerning part of the compensation being pending, in accordance with the mosaic rule, the court before which the claim was first brought should issue a preliminary judgment in which it will decide whether the claim is justified in principle, and therefore whether the defendant committed the alleged act and whether his conduct was unlawful. The other courts should, for the time being, and if no preliminary ruling is issued, then until the final conclusion of the first case, suspend the proceedings under Article 29(1) of the Brussels Ibis Regulation, awaiting a preliminary ruling. S. ŻYREK, *Jurysdykcja krajowa w sprawach zobowiązań*, cit., pp. 193-194.

⁵⁵ See also, for example, T. LUTZI, *op. cit.*, p. 695.

⁵⁶ CJEU 19 October 2017, *Merck KGaA v. Merck & Co Inc.*, C-231/16, ECLI:EU:C:2017:771, paras. 42-44. Although the case concerned the interpretation of the concept of ‘the same cause of action’ in the context of Article 109(1) of Regulation No 207/2009 of 26 February 2009 on the European Union trade mark (OJ 2009 L 78, p. 1), the judgment clearly states that the condition relating to the existence of ‘the same cause of action’ within this provision must be given the same interpretation as that given by the Court to the condition relating to the existence of proceedings involving the ‘same cause of action’ within the meaning of Article 27(1) of Regulation No 44/2001 (see paragraph 33 of that judgment).

⁵⁷ T. LUTZI, *op. cit.*, p. 695.

⁵⁸ AG HOGAN, *Gtflif Tv*, paras. 83-86.

of the content as applicable to the individual elements of the infringement, which together constitute a single damage. Such an interpretation would cause difficulties due to the necessity of applying multiple applicable laws at once. If the damage occurred in the territory of several countries, this would result in the need to assess liability simultaneously on the basis of several applicable laws, which raises serious doubts from the perspective of the principle of predictability⁵⁹.

45. Legal doctrine highlights practical difficulties caused by adopting such an interpretation of the place of the damage and advocates for an interpretation of the provisions that indicate the law applicable to violations of personality rights, according to which damage is situated in one place⁶⁰. An interpretation leading to the localisation of damage in one place is also widespread in national legal systems⁶¹. For example, Article 16(2) of the Polish Act on Private International Law is a provision that indicates the law applicable to the protection of personality rights. This provision employs the connecting factor of the place of “the state where the consequences of the infringement occurred”⁶². Polish legal doctrine holds the view that the aforementioned connecting factor points to a single location which, due to the nature of personality rights, is regarded as the habitual residence of the individual whose personality rights have been threatened or violated⁶³. This view is also shared by Polish case law⁶⁴.

46. Certainly, from a practical perspective, the option of bringing the case before the courts of the Member State where the alleged victim’s centre of interests is located will, as a general rule, be more attractive to the claimant. However, this does not mean that granting this possibility will prevent cases from being brought before the courts of the Member State in which the content infringing personality rights is or was available. As indicated, using the mosaic approach in cases of online infringements may result in abuse. However, it should be recognised, as it was in the case in question, that the possibility of bringing an action before the court of the place where the damage occurred can sometimes alleviate the consequences of the incorrect determination of the location of the centre of interests. When the alleged victim brings an action before the court of a Member State on the incorrect assumption that the centre of interests is located in that Member State, the claim can still be examined by the court, but only regarding the damage incurred in the territory of this Member State. The claimant thus avoids having the action dismissed in its entirety on the grounds of lack of jurisdiction. Replacing the *Shevill* doctrine with the doctrine of the centre of interests of the alleged victim and the location of the effects of the infringement in a single place would, in such a case, lead to the adoption of an “all or nothing” principle and, consequently, to the dismissal of the action⁶⁵.

⁵⁹ J. BALCARCZYK, *Prawo właściwe dla dobrego imienia osoby fizycznej i jego ochrony* [Law applicable to the reputation of a natural person and its protection], Wolters Kluwer, Warszawa, 2014, p. 127; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 414-422.

⁶⁰ L. PAILLER, “Locating damage in matters of invasion of privacy”, *International Business Law Journal*, no. 6, 2022, pp. 664-667.

⁶¹ O. BOSKOVIC, “La Localisation du Dommage en Droit International Privé. Rapport Général”, in O. BOSKOVIC (ed.), *Localisation of Damage in Private International Law*, Brill-Nijhoff, Leiden-Boston, 2025, pp. 56-57.

⁶² The Act on Private International Law of 4 February 2011, unified text, Journal of Laws of the Republic of Poland of 2023, item 503 as amended. The full text of the article reads as follows: Art. 16. 1. The personal rights of a natural person are governed by the law of his or her nationality. 2. A natural person whose personal rights were threatened or infringed may claim protection under the law of the State where the event giving rise to a threat or infringement has occurred, or under the law of the State where the consequences of the infringement occurred. 3. If the infringement of a natural person’s personal rights occurs in the media, the law of the State in which the broadcaster or publisher has its seat or habitual residence determines the right to reply, rectify and similar protective measures. For the complete translation see: P. Twardoch/M. Zachariasiewicz, “Loi du 4 février 2011 — Droit international privé. The Act on Private International Law dated 4 February 2011”, *Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego*, vol. 8, 2011, pp. 109-138.

⁶³ M. PILICH, *Art. 16*, in J. Poczubut (ed.), *Prawo Prywatne Międzynarodowe. Komentarz* [Private International Law. Commentary], Wolters Kluwer, Warszawa, 2017, para. 8; M. WALACHOWSKA, “Kolizyjnoprawne aspekty naruszenia dóbr osobistych” [Infringement of Personality Rights in Private International Law], in J. BALCARCZYK (ed.), *Rights of personality in the 21st century. New values, rules, technologies*, Wolters Kluwer, Warszawa, 2012, pp. 260-262.

⁶⁴ For example: judgment of the Court of Appeal in Białystok of 30 September 2015, I ACa 403/15; judgment of the Regional Court in Olsztyn of 24 February 2015, I C 726/13.

⁶⁵ K. WEITZ, *op. cit.*, pp. 333-334; M. Slonina, „Erfolgserichtsstand nach Art. 5 Nr 3 EuGVVO bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet (auch) am Mittelpunkt der Interessen des Opfers“, *Österreichische Juristen-Zeitung*, no. 2, 2012, p. 63.

4. Infringements of personality rights and the protection of fundamental rights

47. Private international law is increasingly pursuing the objectives of the human rights protection system⁶⁶. This trend is also reflected in the 2021 Resolution of the Institute of International Law (*Institut de droit international*), which emphasises the need to respect and ensure human rights in cross-border relations⁶⁷.

48. The issue of jurisdiction in cases involving infringement of personality rights can therefore also be viewed through the lens of the fundamental rights protection system. In this context, special reference should be made to the right to a fair trial and the right of access to a court, which are protected under Article 6 of the ECHR. The case law of the ECtHR has already emphasised the impact of this provision on the rules governing the determination of jurisdiction. In this context, the statement of the ECtHR expressed in the case of *Arlewin v. Sweden* should be noted⁶⁸. The judgment found a violation of Article 6(1) of the ECHR resulting from the fact that the Swedish courts refused to hear a case in which the claimant sought compensation for defamation in a television programme received in Sweden via a satellite that was uplinked from United Kingdom. The circumstances of the case revealed a strong connection to Sweden. At the same time, the British courts also had jurisdiction to hear the case. In the *Arlewin* case, the refusal of the Swedish courts to hear the case did not therefore mean a complete denial of legal protection, as it was still possible to avail oneself of the jurisdiction of the British courts. Nevertheless, according to the ECtHR, there was no justification for the applicant to pursue his claims in the United Kingdom. It was therefore concluded that the Swedish courts should have ensured that the applicant was able to pursue his rights there⁶⁹.

49. The facts of the *Mittelbayerischer* case differ from those of the *Arlewin* case, in particular in that in the latter case the claimant was named in the programme whose content was defamatory. Nevertheless, in this context, the considerations of the ECtHR on the connection between a case concerning the violation of personality rights in the form of defamation and a specific territory are noteworthy. According to its position, particular importance should be attached to the content of the publication, the language in which it was published, as well as whether the publication is addressed to a specific audience and the place where the alleged injury to the applicant's reputation and privacy manifested. It was also significant that the publication's content concerned the alleged criminal activity conducted by the claimant in Sweden⁷⁰.

50. There is no doubt that the *Mittelbayerischer* case had connections with Poland. Advocate General M. Bobek also pointed out in his opinion that it would be difficult to suggest that it would have been wholly unforeseeable to a publisher in Germany, posting online the phrase 'the Polish extermination camp of Treblinka', that somebody in Poland could take issues with such a statement. In view of the above, he stated that it was not inconceivable that the place where the damage occurred as a result of that statement could be located within that territory, especially in view of the fact that that statement was published in a language that is widely understood beyond its national territory⁷¹. In this regard, it was argued in legal doctrine that the circumstances of the *Mittelbayerischer* case indicate that the requi-

⁶⁶ On this issue, see for example, P. Kinsch, "Private international law and human rights", in X. Kramer/L. Carballo Piñeiro (eds.), *Research methods in private international law: a handbook on regulation, research and teaching*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham-Northampton, 2024, pp. 37-54; P. Kinsch, "Human rights, fundamental rights and private international law", *Hague Collected Courses*, vol. 318, 2005; S. Marino, "The Protection of Human Rights in the Theory of Private International Law", *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, vol. 39, 2018, pp. 57-86.

⁶⁷ Institute of International Law, Resolution of 4 September 2021, Human Rights and Private International Law Article 2(1).

⁶⁸ ECtHR 1 March 2016, *Arlewin v. Sweden*, 22302/10.

⁶⁹ S. Marino, *op. cit.*, p. 66.

⁷⁰ ECtHR *Arlewin v. Sweden*, para. 72.

⁷¹ AG BOBEK, *Mittelbayerischer*, para. 74.

rement of foreseeability was met. Furthermore, it was observed that the mention of a specific place and a historical event that took place in a given territory also seems to create a connection with it⁷².

51. Another illustration of the link between the *Mittelbayerischer* case and the human rights protection system is that it follows from the case law of the ECtHR to date that personality rights in the form of national identity are protected because they stem from human dignity. What is particularly important is that the case law of the ECtHR indicates that in cases concerning infringement of the right to national identity, every member of a given community has *locus standi* to bring a claim. It does not matter whether the potential claimant is mentioned in the text or shown in a photograph, nor does it matter whether that person personally experienced the effects of World War II. What matters is that this person is a member of a community based on shared experiences, values and heritage⁷³.

5. Differences in the perception of personality rights across national legal systems

52. The case in question also invites reflection on the differences in the protection of personality rights within the substantive law of Member States. Those particularities, as it turns out, have an impact on the CJEU's case law on jurisdiction.

53. Differences in the protection of personality rights are evident between continental European countries and common law countries. To simplify somewhat, they can be reduced to the fact that in continental European countries, there are extensive catalogues of personality rights, which include values such as health, personal integrity, name, good reputation, privacy, etc. The purpose of the legal protection is to compensate for non-pecuniary damage suffered in the mental sphere as a result of the unlawful behaviour. In contrast, common law systems do not have an extensive catalogue of protected values, and legal protection is limited primarily to cases of defamation. In this approach, the subject of protection is a person's reputation in the eyes of others, rather than phenomena occurring in their own mental sphere. The existing differences translate into the understanding of the concept of the place of the infringement of personality rights, specifically linking it to the mental sphere of the victim or associating it with the area in which the victim enjoys a reputation. Personality rights protected in legal systems can be divided into those whose violation will have negative effects only in the mental sphere of the person concerned, and those whose violation may also distort the image of that person in the minds of others⁷⁴.

54. In the case in question, the action was initiated by a Polish citizen who argued that his personality rights had been infringed by content posted online, due to what he believed was an attack on the truth about Polish history. According to the Polish conflict of laws rules (Article 16 of the Polish Private International Law Act of 2011), Polish substantive law was applicable to assessing the defendant's liability. From the perspective of the applicable law, the legal basis for the claim was therefore Articles 23 and 24 of the Polish Civil Code, which protect personality rights⁷⁵. Although these provisions do not

⁷² M. ŚWIERCZYŃSKI/R. JOKUBAUSKAS, *op. cit.*, pp. 245-246.

⁷³ M. BRZOZOWSKA-PASIEKA, "Legitymacja czynna osób fizycznych i prawnych w sprawach o naruszenie prawa do tożsamości narodowej. Przegląd orzecznictwa polskiego z uwzględnieniem orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka" [Locus standi of natural and legal persons in cases concerning infringement of the right to national identity. Review of the judgments of Polish courts and the European Court of Human Rights], *Monitor Prawniczy*, no. 22, 2019, pp. 1239-1241. See, in particular, the judgments of the ECtHR: 16 July 1982, *X v. Germany*, 9235/81; 8 November 2012, *PETA v. Germany*, 43481/09; 15 October 2015, *Pernicek v. Switzerland*, 27510/08.

⁷⁴ S. ŻYREK, "Jurydyka krajowa w sprawach naruszeń dóbr osobistych w internecie – wprowadzenie i wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 17.10.2017 r., C-194/16, Bolagsupplysningen OÜ i Ingrid Ilsjan przeciwko Svensk Handel AB" [National Jurisdiction in Cases Concerning Violations of Personal Rights on the Internet. Introduction and Judgment of the Court of Justice dated 17 October 2017, Case C-194/16, Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Ilsjan v. Svensk Handel AB], *Europejski Przegląd Sądowy*, no. 12, 2019, p. 51; J. OSTER, *op. cit.*, p. 114; S. ŻYREK, *Jurydyka krajowa w sprawach zobowiązań*, *cit.*, pp. 196-201.

⁷⁵ The Civil Code of 23 April 1964, unified text, Journal of Laws of the Republic of Poland of 2025, item 1071 as amended. The full text of the provisions reads as follows: Art. 23. Personality rights of a human being, such as in particular health,

explicitly mention national identity, national dignity or the right to respect for the truth about the history, there is no doubt in the case law of Polish courts that these values are also covered by the scope of personality rights subject to protection.

55. The protection of personality rights sought by the claimant is therefore well established in Polish case law. What is more, Polish law, under certain conditions, also grants protection in cases where the infringement may also occur in a non-individualised manner, such as through the use of the term “Polish death camps”. It is assumed that the claim can be brought against an entity using this term without indicating the name and surname, and even without the possibility of identifying the claimant who claims to have suffered damage to their honour or dignity⁷⁶, i.e. in so-called “invisible claims”⁷⁷. Admittedly, this concerns substantive law, but it clearly bears certain jurisdictional implications. It should be noted that Polish courts have established their jurisdiction in similar cases based on the connecting factor of the centre of interests⁷⁸. It was only in the *Mittelbayerischer* case that the matter was referred to the CJEU for a ruling.

56. Legal doctrine indicates that the CJEU’s ruling in the *Mittelbayerischer* case leads to the conclusion that the CJEU adopts a narrow interpretation of personality rights, focusing primarily on defamation, in a sense similar to that used in common law countries⁷⁹. Therefore, applying the centre of interests connecting factor, initially developed for cases involving online defamation, necessitates an explicit identification of a claimant in a publication. However, the *Mittelbayerischer* case does not concern defamation, but rather the violation of other personality rights, therefore, it is considered that applying the defamation mechanism in this case was incorrect. This requirement also seems not well justified from the perspective of Article 7(2) of the Brussels Ibis Regulation, which operates the *locus delicti* connecting factor⁸⁰.

57. The interpretation of the place of the damage adopted by the CJEU for cases involving infringement of personality rights has its origins in the *Shevill* judgment. However, it is rightly pointed out in the doctrine that the ruling in this case is difficult to apply to the assessment of infringements of personality rights other than the tort of libel. The judgment in *Shevill* case was based on the assumption that each publication of the defamatory content creates a separate harm to the person experiencing it (the so-called multiple publication rule). Relying on this concept, although convincing in the *Shevill* case, which was decided by the referring court on the basis of English law, is not adequate for adjudicating on compensation in cases of infringement of personality rights in accordance with the understanding adopted in continental countries⁸¹.

58. It is also emphasised that many European legal systems accept that harm, like the person

freedom, dignity, freedom of conscience, surname or pseudonym, image, confidentiality of correspondence, inviolability of home as well as scientific, artistic, inventive and reasoning activities shall be protected by the civil law regardless of the protection provided for by other provisions Art. 24. § 1. A person whose personality rights are jeopardized by another person’s action may demand that the action be abandoned, unless it is not illegal. In the case of actual violation, he may also demand that the person who committed the violation perform acts necessary to remove its consequences, in particular that the latter make a statement of a relevant content and in a relevant form. Under the rules provided in the Code, he may also demand pecuniary compensation or the payment of an appropriate pecuniary amount for an indicated community purpose. § 2. If, as a result of an infringement of a personality right, a damage to property has occurred, the injured person may demand that it be redressed in accordance with general principles. § 3. The above provisions shall not prejudice the entitlements provided for by other provisions, in particular by copyright law and by patent law.

⁷⁶ For an overview of case law, see, for example, M. BRZOWSKA-PASIEKA, *op. cit.*, pp. 1239-1244.

⁷⁷ P. MOSTOWIK/E. FIGURA-GÓRALCZYK, “Jurisdiction and Costs in Recent Inter-EU Cases of Démenti and Apology for Falsifying History”, *Law, Identity and Values*, no. 1, 2022, p. 107.

⁷⁸ See, for example, judgment of the Regional Court in Olsztyn of 24 February 2015, I C 726/13; judgment of the Court of Appeal in Białystok of 30 September 2015, I ACa 403/15; judgment of the Court of Appeal in Warsaw of 31 March 2016, I ACa 971/15; judgment of the Court of Appeal in Kraków of 23 March 2021, I ACa 808/19.

⁷⁹ M. ŚWIERCZYŃSKI/R. JOKUBAUSKAS, *op. cit.*, p. 247.

⁸⁰ M. ŚWIERCZYŃSKI/R. JOKUBAUSKAS, *op. cit.*, p. 247.

⁸¹ S. ŻYREK, *Jurysdykcja krajowa w sprawach zobowiązań*, *cit.*, p. 204.

experiencing it, is indivisible. In such a case, it seems inappropriate to analyse the possibility of experiencing it in space and to prove its multi-locality. If it is assumed that a person can experience harm in their mental sphere, they cannot feel it partially in several countries, depending on the number of publications distributed there. Furthermore, the legal protection of personality rights does not necessarily depend on one's reputation, which means that the personality rights of an unknown person can be violated, as well as those of a person with a bad reputation. Finally, not every violation of personality rights will be defamatory. There are also a number of personality rights that do not have connotations with the perception of a person in society, including, in particular, the protection of the confidentiality of correspondence or personal data⁸².

59. The above demonstrates the inadequacy of the CJEU's case law to date to address the specific nature of cases concerning violations of personality rights, the protection of which was sought by the claimant in the *Mittelbayerischer* case. The case law of the CJEU should have taken greater account of the different perceptions of personality rights in the legal systems of Member States. Going a step further, it can be said that the solution to these inconsistencies would be to develop a common concept of personality rights that also encompasses the characteristics specific to the continental legal systems of Member States and would not be focused solely on cases of defamation.

60. In this context, importance should be given to the principle that the legal notions of the EU law should be interpreted autonomously, taking into account their uniform application throughout the EU⁸³. The principle of autonomous interpretation, understood literally, seems to completely exclude any argument taken from comparative law. Nevertheless, it is rightly pointed out that EU regulations were not "created in a vacuum" but are based on certain preconceptions that have been clearly influenced by the national laws of Member States. Autonomous interpretation only excludes the possibility of relying on arguments derived from the law of a particular Member State, as this would be contrary to the need for a uniform application of the rules throughout the EU. However, arguments based on a comparative analysis of multiple national laws are not entirely excluded, especially where the EU law does not provide any guidance⁸⁴. Furthermore, the interpretation of legal concepts must comply with the provisions of the EU Charter of Fundamental Rights and the European Convention on Human Rights⁸⁵.

61. An issue that is undoubtedly separate but closely related to the autonomous interpretation of EU law, is the autonomous method of characterisation of private international law norms. Characterisation refers to the interpretation of conflict of laws and jurisdiction rules, and one of its aspects is clarifying the concepts that define the scope of a conflict of laws rule, thereby determining the conditions for its application⁸⁶. In the EU private international law, the autonomous method of characterisation is adopted⁸⁷.

⁸² S. ŻYREK, *Jurysdykcja krajowa w sprawach zobowiązań*, cit., pp. 204, 212; M. PILICH/M. ORECKI, "Jurysdykcja i prawo właściwe w sprawach o ochronę dóbr osobistych przed naruszeniem w Internecie. Glosa do wyroku TSUE (wielka izba) z 25 października 2011 r. w sprawach połączonych C-509/09 i C-161/10 eDate Advertising v. X oraz Oliver Martinez, Robert Martinez v. MGN Limited" [Jurisdiction and Applicable Law in Matters Arising under the Protection of Personal Rights Law against Infringement on the Internet. A Gloss to the Judgment of the Court of Justice of the European Union (Grand Chamber) of 25 October 2011 in joined cases no. C-509/09 and no. C-161/10 eDate Advertising versus X, and Oliver Martinez, Robert Martinez versus MGN Limited], *Polski Proces Cywilny*, vol. 1, 2015, p. 117.

⁸³ U. MAGNUS, *Introduction*, in U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *op. cit.*, p. 38, para. 93.

⁸⁴ M. LEHMANN, *Special jurisdiction*, in A. DICKINSON/E. LEIN (eds.), *op. cit.*, p. 138, para. 4.21.

⁸⁵ H. RÖSLER, "Interpretation, autonomous", in J. BASEDOW/G. RÜHL/F. FERRARI/P. DE MIGUEL ASENSIO (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2017, p. 1014.

⁸⁶ M. SZPUNAR, "Wykładnia autonomiczna europejskiego prawa prywatnego międzynarodowego" [Autonomous interpretation of European private international law], in M. JAGIELSKA/E. ROTT-PIETRZYK/M. SZPUNAR (eds.), *Rozprawy z prawa prywatnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Wojciechowi Popiołkowi*, Wolters Kluwer, Warszawa, 2017, pp. 187-189.

⁸⁷ However, it should be noted that the concept of autonomous characterisation of concepts in European private international law has undergone certain changes over the years, see K. PACUŁA, "Kwalifikacja w prawie prywatnym międzynarodowym Unii Europejskiej Od kwalifikacji autonomicznej ku ... kwalifikacji według kolizyjnej legis fori?" [Characterization in EU private international law. From autonomous characterization to.... specific functional characterization?], *Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego*, vol. 25, 2019, pp. 111-122.

62. The legal systems of the Member States approach the issue of the protection of personality rights in different ways. Both the scope of protection granted and the legal remedies available vary. However, it should be highlighted that despite this diversity, certain common features are shared⁸⁸. These could certainly form the basis for developing the autonomous concept of personality rights in the EU private international law.

63. The lack of unification in conflict of laws rules regarding the applicable law to violations of personality rights, caused by the exclusion of this issue from the scope of the Rome II Regulation, certainly does not promote a uniform and consistent understanding of the concept of personality rights across the EU. As a result, the courts of each Member State apply their own national conflict of laws rules in this area, which contributes to deepening differences in interpretation.

64. An opportunity to resolve the problems arising from CJEU case law concerning violations of personality rights would be to introduce a new and separate jurisdictional rule for cases concerning non-contractual obligations arising from violations of personality rights, which would take into account the specific nature of such violations, without prejudice to the need to ensure the predictability of jurisdictional rules. At the same time, the EU legislator should aim at developing a conflict of laws rule indicating the law applicable to this type of infringement. In this context, it is particularly important that EU regulations on jurisdiction and applicable law are founded on common principles, are complementary to one another, and form an integrated system. Therefore, the interpretation of the concepts used in the regulations should be consistent, while recognising the different functions of conflict of laws and jurisdiction rules⁸⁹. The introduction of new provisions would lead to the development of an autonomous concept of personality rights, reflecting the common European concept. The proposed amendments to the Rome II Regulation and the Brussels Ibis Regulation present an opportunity for change in this area⁹⁰. Particular attention should be given to the 2019 Resolution of the Institute of International Law on this issue⁹¹, as well as the work carried out by the International Law Association, which resulted in the adoption of the Lisbon Guidelines on Privacy in 2022⁹².

IV. The problem of non-recognition of Polish judgments in Germany – mention

65. The case in question also touches upon the third pillar of private international law, namely the recognition and enforcement of judgments. In principle, a judgment issued by a court having jurisdiction under Article 7(2) of the Brussels Ibis Regulation, in which the defendant is not domiciled, would have to be recognised and enforced in another Member State in order to take effect with regard to the defendant.

⁸⁸ G. BRÜGGEMEIER/A. COLOMBI CIACCHI/P. O'CALLAGHAN, "A common core of personality protection", in G. BRÜGGEMEIER/A. COLOMBI CIACCHI/P. O'CALLAGHAN (eds.), *Personality Rights in European Tort Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 567.

⁸⁹ M. SZPUNAR, "Droit international privé de l'Union: cohérence des champs d'application et/ou des solutions ?", *Revue critique de droit international privé*, 2018, p. 573; H. RÖSLER, *op. cit.*, pp. 1012-1013.

⁹⁰ Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the application of Regulation (EC) No 864/2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II Regulation), COM(2025)20 final, 31.01.2025, Brussels, (available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=cel-ex:52025DC0020>); Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the application of Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), COM(2025) 268 final, 2.6.2025, Brussels, (available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52025DC0268>).

⁹¹ Institute of International Law, Resolution of 31 August 2019, Session of The Hague, Eighth Commission, Injuries to Rights of Personality Through the Use of the Internet: Jurisdiction, Applicable Law and Recognition of Foreign Judgments (available at: <https://www.idi-iil.org/app/uploads/2019/09/8-RES-EN.pdf>).

⁹² International Law Association, Lisbon Conference - 2022, Protection of Privacy in Private International and Procedural Law, Committees (available at: <https://www.ila-hq.org/en/documents/protec-1>).

66. In such a case, it cannot be excluded that the defendant could argue that such recognition would be manifestly contrary to the public policy of that Member State within the meaning of Article 45(1)(a) of Brussels Ibis Regulation. A situation may therefore arise in which a court of a Member State refuses to recognise such a judgment. The reason may be that the relevant provisions of national law on which such a judgment is based differ significantly from what could be considered part of a common European concept of personality rights. In addition, other objections could arise, such as the appropriate balance between freedom of expression and the protection of personality rights, or the proportionality of the measures awarded to remedy damage or harm⁹³.

67. Legal doctrine indicates that broad standing to bring an action under Polish law in cases concerning violations of personality rights may raise doubts from the perspective of procedural public policy. The right to bring an action, under certain conditions, is also granted in cases where the infringement was non-individualised, such as through the use of the term “Polish death camps”. Therefore, an action may also be brought by a claimant who has not been identified by name, and even if it is not possible to identify the claimant in any other way. It was pointed out that in such a case, the interference of the public policy exception would not be directed against the substance of the judgment but against the manner in which the legal standing was determined under the national law of the State of origin of the judgment⁹⁴.

68. In this context, it is worth mentioning a case that also involved a violation of personality rights through the use of the phrase “Polish concentration camps”, which concluded with a ruling by the Court of Appeal in Kraków in 2016⁹⁵. The judgment included, among others, an order to apologise to the injured party for the use of the phrase. The order was then the subject of proceedings aimed at its enforcement in Germany. However, in its judgment of 19 July 2018⁹⁶, the German Federal Supreme Court (*Bundesgerichtshof*) dismissed the application for a declaration of enforceability, pointing out that the enforcement of the Polish judgment would constitute a clear violation of German public policy⁹⁷.

69. The ruling was criticised in Polish legal doctrine as questionable, including from the perspective of the protection of fundamental rights⁹⁸. In this context, it should be noted that a complaint was lodged with the ECtHR regarding the 2018 BGH ruling refusing to enforce the Polish judgment in Germany. However, no decision in this case has yet been made to date⁹⁹.

V. Conclusion

70. The localisation of the place of the damage within the meaning of Article 7(2) of the Brussels Ibis Regulation in a situation in which an online publication results in a violation of personality rights is highly complex. There are justified doubts about the interpretation of the rules on special jurisdiction, which have been developed over the years in the case law of the CJEU.

71. Based on the established case law of the CJEU, alongside jurisdiction based on the centre

⁹³ AG BOBEK, *Mittelbayerischer*, paras. 82-85.

⁹⁴ H. MUIR WATT, *op. cit.*, p. 911.

⁹⁵ Judgment of the Court of Appeal in Kraków of 22 December 2016, I ACa 1080/16.

⁹⁶ Judgment of the Bundesgerichtshof (Federal Supreme Court, Germany) of 19 July 2018, IX ZB 10/18, DE:B-GH:2018:190718BIXZB10.18.0.

⁹⁷ On the ruling and BGH's argumentation, see P. MOSTOWIK/E. FIGURA-GÓRALCZYK, “Odmowa wykonania polskiego orzeczenia z powodu obcego ordre public. Glosa do wyroku niemieckiego Federalnego Sądu Najwyższego (Bundesgerichtshof) z 19 lipca 2018 r. (IX ZB 10/18)” [The refusal to declare the enforcement of the judgment and the public policy (ordre public) – comments on the judgment of the German Supreme Court (Bundesgerichtshof) of 19 July 2018 (IX ZB 10/18)], *Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego*, vol. 17, 2019, pp. 298-302; see also P. MOSTOWIK/E. FIGURA-GÓRALCZYK, *Jurisdiction and Costs*, cit., pp. 110-113.

⁹⁸ P. MOSTOWIK/E. FIGURA-GÓRALCZYK, *Refusal to enforce*, cit., pp. 304-305.

⁹⁹ P. MOSTOWIK/E. FIGURA-GÓRALCZYK, *Jurisdiction and Costs*, cit., p. 110.

of interests, the mosaic jurisdiction rule can still be invoked. The example of the *Mittelbayerischer* case demonstrates that the mosaic approach alleviates the erroneous determination of the centre of interests, allowing the alleged victim, despite the lack of individual identification, to have the claim considered. However, it should be noted that the mosaic principle, in relation to online infringements, appears to be a controversial solution that is not well-suited to their particular nature.

72. The interpretation of the place of the damage connecting factor in cases of violations of personality rights, as presented so far in the case law of the CJEU, does not seem to be adequate for adjudicating cases of personality rights within the understanding of this notion accepted in continental countries. In particular, doubts arise regarding the attempt to apply the mechanisms used to assess infringements in the form of defamation to the protection of other personality rights, which subsequently led the CJEU to develop the centre of interests connecting factor. According to the CJEU ruling in the *Mittelbayerischer* case, this connecting factor requires the unambiguous identification of the claimant in the disputed publication. The requirement to fulfil this extra condition appears to contradict the understanding of personality rights adopted in certain Member States. Therefore, it should first be recognised that the case law of the CJEU needs to be more receptive to the various perceptions of personality rights within the legal systems of the Member States.

73. A further step could be to develop the autonomous concept of personality rights in the EU private international law. The planned amendment of the Brussels Ibis and Rome II Regulations offers an opportunity to regulate this issue from both a jurisdictional and a conflict of laws perspective. This concept should be founded on the common ground of substantive laws of the Member States and take into account the developments in human rights protection, including the case law of the ECtHR. Future rules should also use appropriate connecting factors, which, on the one hand, are tailored to the specific nature of online infringements and, on the other hand, satisfy the criteria of predictability and the sound administration of justice.

JURISPRUDENCIA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
DEL TJUE Y EL TEDH

Sección dirigida por los profesores JAVIER CARRASCOSA y SILVIA MARINO

La Corte di giustizia si pronuncia sull'obbligo di trascrizione dei matrimoni tra cittadini UE dello stesso sesso

The CJEU rules on the obligation to transcribe same-sex marriages between EU citizens

CURZIO FOSSATI

Borsista di ricerca

Università degli Studi dell'Insubria (Como/Varese)

Recibido: 15.12.2025 / Aceptado: 16.01.2026

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2026.10308>

Riassunto: Il presente contributo tratta della recente sentenza della Corte di giustizia sul caso *Wojewoda Mazowiecki*, nella quale la Corte è tornata a pronunciarsi sul riconoscimento di matrimoni *same-sex* nell'Unione europea. Il lavoro offre una prima analisi della sentenza, cercando di individuare i punti di continuità e quelli di novità rispetto alle precedenti pronunce della Corte sul riconoscimento degli status personali e familiari tra Stati membri. Esso si interroga in particolare sul contenuto e sui presupposti dell'obbligo di riconoscimento e di trascrizione dei matrimoni sancito dalla Corte e sulla applicabilità dei principi enunciati dalla stessa in casi diversi da quello oggetto del giudizio di rinvio.

Parole chiave: libertà di circolazione e soggiorno; matrimonio tra persone dello stesso sesso; diritto al rispetto della vita privata e familiare; divieto di discriminazioni sulla base dell'orientamento sessuale.

Abstract: This paper addresses the recent CJEU's ruling in the *Wojewoda Mazowiecki* case, in which the Court ruled again on the issue of recognition of same-sex marriages within the European Union. This paper provides an initial analysis of the ruling, exploring the areas of continuity and novelty in comparison to the Court's previous rulings on the recognition of personal and family status between Member States. In particular, it examines the content and basis of the obligation to recognise and transcribe same-sex marriages as established by the Court, and considers the applicability of the principles issued in other cases.

Keywords: Freedom of movement and residence; same-sex marriage; recognition; transcription; right to private life; prohibition of discrimination based on sexual orientation.

Sommario: I. Introduzione. II. I precedenti della Corte di giustizia sul riconoscimento dei matrimoni *same-sex* e sulla circolazione degli *status* personali e familiari. III. Il caso *Wojewoda Mazowiecki* e il rinvio pregiudiziale. IV. Le conclusioni dell'Avvocato generale De La Tour. V. La sentenza della Corte tra conferma di uno schema consolidato e affermazione di nuovi principi. VI. Una prima analisi della pronuncia. VII. Alcune osservazioni conclusive.

I. Introduzione

1. Con sentenza del 25 novembre 2025, la Corte di Giustizia si è pronunciata sul caso C-713/23, *Wojewoda Mazowiecki* ("Voivodato di Masovia"), che trae origine dal rifiuto dell'autorità polacca di trascrivere nei registri di stato civile l'atto del matrimonio contratto in Germania da due cittadini dello

stesso sesso (uno polacco-tedesco ed uno polacco)¹. La decisione va analizzata attentamente in quanto interviene nuovamente sulla delicata materia della circolazione degli *status* personali e familiari, che si colloca al confine tra le competenze dell'Unione europea e quelle degli Stati membri.

2. Come noto, infatti, da un lato, gli artt. 20 e 21, par. 1 TFUE riconoscono in capo ai cittadini UE le libertà di circolare e soggiornare nei territori degli Stati membri, da soli o con i propri familiari, alle condizioni e nei limiti previsti dalla normativa secondaria e, in particolare, dalla direttiva 2004/38/CE². Dall'altro lato, la competenza in materia di famiglia e di stato civile spetta agli Stati membri. In questi settori, l'Unione può adottare solo misure aventi implicazioni transnazionali, ai sensi dell'art. 81, par. 3 TFUE³, ma non è ancora intervenuta sugli specifici profili del riconoscimento degli *status* personali e familiari tra i vari Stati membri⁴. Così, risultano ad oggi regolati dalle normative degli Stati membri sia aspetti sostanziali, quali l'attribuzione dei nomi, la modifica dell'identità di genere, le condizioni per contrarre matrimonio, sia i procedimenti di riconoscimento dei nomi, delle identità di genere e degli *status* di figlio o di coniuge acquisiti da un cittadino in un altro Stato membro.

3. Con l'intensificarsi della mobilità transfrontaliera dei cittadini europei, le differenze tra le normative degli Stati membri su tali aspetti si sono rivelate un ostacolo alla continuità degli *status* personali e familiari, e di conseguenza un pregiudizio all'effettività delle libertà di circolazione e soggiorno⁵. Tale problematica ha interessato in particolar modo le coppie dello stesso sesso. Infatti, sebbene il numero degli Stati membri che prevedono il matrimonio egualitario o le unioni civili sia progressivamente aumentato, vi sono ancora alcuni Paesi che non contemplano alcuna forma di riconoscimento giuridico di tali coppie⁶. Così, nel caso in cui due cittadini dello stesso sesso contraggano matrimonio in uno Stato membro,

¹ Corte di giustizia 25 novembre 2025, *Wojewoda Mazowiecki*, C-713/23.

² Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, *GUUE* L 158 del 30 aprile 2004, p. 8.

³ Sul punto si vedano, tra i tanti: R. BARATTA, "Verso la «comunitarizzazione» dei principi fondamentali del diritto di famiglia", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 41, n. 3, 2005, pp. 573-606; C. HONORATI, "Verso una competenza della Comunità europea in materia di diritto di famiglia?", in S. BARIATTI (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 3-45; S. CARBONE/I. QUEIROLO, "Unione europea e diritto di famiglia: la progressiva «invasione» degli spazi riservati alla sovranità statale", in S. CARBONE/I. QUEIROLO (a cura di), *Diritto di famiglia e Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 1-27; T. PFEIFFER/J. WITTMANN, "Preliminary Questions", in I. VIARENGO/F. VILLATA (eds.), *Planning the Future of Cross Border Families*, Hart, Oxford, 2020, p. 47 ss.

⁴ Si ricorda che il regolamento (UE) 2016/1191 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 luglio 2016, che promuove la libera circolazione dei cittadini semplificando i requisiti per la presentazione di alcuni documenti pubblici nell'Unione europea e che modifica il regolamento (UE) n. 1024/2012, *GUUE* L 200 del 26 luglio 2016, p. 1, stabilisce requisiti uniformi per la presentazione di documenti pubblici che accertano taluni fatti relativi alle persone, compreso il matrimonio, ma non si occupa del riconoscimento degli effetti del contenuto di tali documenti (art. 2, par. 4). Inoltre, il Regolamento (UE) 2019/1111 del Consiglio del 25 giugno 2019 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori, *GUUE* L 178 del 2 luglio 2019, p. 1, prevede il riconoscimento automatico delle decisioni che sanciscono il divorzio, la separazione personale dei coniugi, l'annullamento del matrimonio o che riguardano questioni relative alla responsabilità genitoriale, ma non si applica alle decisioni relative alla esistenza e validità di un matrimonio (cfr. artt. 2 e 30).

⁵ Sul punto si vedano, tra i tanti: L. TOMASI, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2007; R. BARATTA, "La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales", *Recueil des Cours*, vol. 348, 2011, p. 413 ss.; F. MARONGIU BUONAIUTI, "La continuità internazionale delle situazioni giuridiche e la tutela dei diritti umani di natura sostanziale: strumenti e limiti", *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 10, n. 1, 2016, pp. 49-88; S. PFEIFF, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruylant, Bruxelles, 2017; S. FULLI-LEMAIRE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, LGDJ, Parigi, 2022; A. DURÁN AYAGO, *Derechos Humanos y Método de Reconocimiento de Situaciones Jurídicas: Hacia la Libre Circulación de Personas y Familias. Perspectiva Internacional y Europea*, Aranzadi, Navarra, 2023; S. MARINO/J. CARRASCOSA GONZALEZ, "Marriages across borders within the European Union: Private international law vs. Mutual recognition perspectives", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 16, n. 1, 2024, pp. 403-422.

⁶ Come riportato nella Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, "Unione dell'uguaglianza: Strategia per l'uguaglianza LGBTIQ+ 2026-2030", dell'8 ottobre 2025, COM(2025) 725 final, ventidue Stati membri prevedono oggi il matrimonio tra persone dello stesso sesso

la prospettiva di non vedere riconosciuto il proprio *status* coniugale in un altro Stato membro potrebbe disincentivarli dal trasferirsi in tale Stato ovvero impedire loro di proseguire la propria vita coniugale.

II. I precedenti della Corte di giustizia sul riconoscimento dei matrimoni *same-sex* e sulla circolazione degli *status* personali e familiari

4. L'interferenza tra i differenti approcci nazionali sui matrimoni *same-sex* e le libertà di circolazione e soggiorno era già stata al centro di una pronuncia della Corte di giustizia, nel caso *Coman*⁷.

5. Come si ricorderà, nella fattispecie alla base del giudizio, un cittadino rumeno ed uno statunitense si erano sposati in Germania e avevano chiesto alle autorità rumene la concessione di un diritto di soggiorno ai sensi dell'art. 7, par. 2 della direttiva 2004/38/CE, per il coniuge privo della cittadinanza UE, in modo che potessero trasferirsi entrambi in Romania, ivi proseguendo la propria vita coniugale. Le autorità rumene si erano rifiutate invocando la contrarietà all'ordine pubblico dei matrimoni *same-sex*.

6. La Corte aveva precisato che sebbene la materia dello stato civile, che comprende le norme sul matrimonio, rientri nella competenza degli Stati membri, questi ultimi nell'esercizio di tale competenza devono rispettare il diritto dell'Unione europea e, in particolare, le disposizioni di cui agli artt. 20 e 21 TFUE sulle libertà di circolazione e soggiorno⁸. La Corte aveva quindi affermato che se un cittadino UE contrae matrimonio con una persona dello stesso sesso in uno Stato membro, ogni altro Stato membro deve considerare i membri della coppia come coniugi, e dunque familiari, ai fini della concessione al coniuge privo di cittadinanza UE del diritto di soggiorno derivato di cui all'art. 7, par. 2 della direttiva 2004/38/CE⁹.

7. La Corte aveva specificato che tale obbligo di riconoscimento non impone agli Stati membri di prevedere all'interno dei rispettivi ordinamenti l'istituto del matrimonio tra persone dello stesso sesso¹⁰. Per questo motivo, non vi è alcuna interferenza con l'ordine pubblico di quegli Stati che ritengono solo il matrimonio tra persone di sesso diverso compatibile con i propri principi fondamentali¹¹.

8. Come noto, analogo obbligo di riconoscimento è stato sancito dalla Corte, nella sentenza *Pancharevo*, con riferimento al rapporto tra una coppia di donne e il bambino avuto dalle stesse con procreazione assistita¹². Nello specifico, la Corte aveva affermato che nel caso in cui le autorità dello Stato membro di nascita del bambino emettano un certificato attestante che entrambe le donne sono madri dello stesso, le autorità dello Stato membro di cui quest'ultimo possiede la cittadinanza sono obbligate a rilasciargli un documento di identità nel quale siano indicate le due madri¹³. Inoltre, tutti gli Stati membri devono riconoscere tale rapporto di filiazione, ai soli fini di consentire al bambino l'ingresso e il soggiorno legale nei rispettivi territori, insieme alle madri¹⁴.

9. La dottrina ha definito tale obbligo di riconoscimento come “parziale” o “funzionalmente orientato alle libertà di circolazione e soggiorno”, rimarcando il suo carattere limitato: esso in particolare non implica che ciascuno Stato membro debba riconoscere a tutti gli effetti gli *status* di coniuge e

o istituti quali unioni civili o *partnership* registrate. Gli Stati nei quali non vi è alcuna forma di riconoscimento giuridico delle coppie dello stesso sesso sono Bulgaria, Lituania, Polonia, Romania e Slovacchia.

⁷ Corte di giustizia 5 giugno 2018, *Coman*, C-673/16.

⁸ Sent. *Coman*, cit., par. 37-38.

⁹ Sent. *Coman*, cit., par. 36-40.

¹⁰ Sent. *Coman*, cit., par. 45.

¹¹ Sent. *Coman*, cit., par. 46.

¹² Corte di giustizia 14 dicembre 2021, *Pancharevo*, C-490/20.

¹³ Sent. *Pancharevo*, cit., par. 69.

¹⁴ *Ibidem*.

di figlio acquisiti da un cittadino in un altro Stato membro, né riconoscere i diritti e gli obblighi che la normativa di questo Stato fa discendere da tali *status* (ad es. quelli solidaristici o successori)¹⁵; esso al contrario si limita a richiedere che gli Stati membri considerino i rapporti familiari in questione ai fini del riconoscimento agli interessati dei diritti di uscita, ingresso e soggiorno nei rispettivi territori nazionali. Sembrava così superata la tesi sostenuta da quella parte della dottrina secondo cui dalle norme del trattato sulla libertà di circolazione e soggiorno si potesse ricavare una regola di diritto internazionale privato implicita che impone a ciascuno Stato membro di riconoscere nel proprio ordinamento tutti gli effetti degli *status* familiari validamente costituiti all'interno degli altri Stati membri¹⁶.

10. Il carattere limitato dell'obbligo risultante dalle due pronunce era confermato, del resto, dall'assenza di indicazioni nelle sentenze circa la necessità che le autorità degli Stati membri procedessero alla trascrizione nei registri di stato civile degli atti, rispettivamente, di matrimonio e di nascita, attestanti gli *status* oggetto di riconoscimento ed emessi dalle autorità di un altro Stato membro¹⁷.

11. Sotto questo profilo è possibile notare una differenza rispetto a quanto affermato dalla Corte in materia di *status* personali a partire dalla sentenza *Grunkin e Paul*¹⁸. Come noto, infatti, in tale pronuncia è stato chiarito che ciascuno Stato membro è obbligato a riconoscere (e iscrivere nei registri di stato civile) il nome che le autorità di un altro Stato membro hanno assegnato ad un cittadino UE¹⁹. Secondo la Corte, infatti, se lo stesso cittadino fosse registrato nei vari Stati membri con nomi diversi, subirebbe seri inconvenienti che ostacolerebbero l'esercizio delle sue libertà di circolazione e soggiorno²⁰.

¹⁵ Sul punto si vedano, tra i tanti: P. KINSCH, "European Courts and the Obligation (Partially) to Recognise Foreign Same-Sex Marriages: on Orlandi and Coman", *Yearbook of Private International Law*, vol. 20, 2018/2019, pp. 47-59; A. TRYFONIDOU, "The ECJ recognises the right of same-sex spouses to move freely between EU Member States: the Coman ruling", *European Law Review*, vol. 44, n. 5, 2019, pp. 663-679; M. GRASSI, "Sul riconoscimento dei matrimoni contratti all'estero tra persone dello stesso sesso: il caso Coman", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 55, n. 4, 2019, pp. 739-776; M. GRASSI, "Riconoscimento del rapporto di filiazione omogenitoriale e libertà di circolazione all'interno dell'Unione europea", *ibidem*, vol. 58, n. 3, 2022, pp. 591-609; O. FERACI, "Il riconoscimento «funzionalmente orientato» dello status di un minore nato da due madri nello spazio giudiziario europeo: una lettura internazionalprivatistica della sentenza Pancharevo", *Rivista di diritto internazionale*, vol. 105, n. 2, 2022, pp. 563-579; N. GOÑI URRIZA, "El reconocimiento de las relaciones de filiación en la Unión Europea: le libre circulación de certificados de nacimiento expedidos en un Estado miembro. En torno a la STJUE Pancharevo y al ATJUE K.S.-S.V.D.", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 15, n. 1, 2023, pp. 970-978; I. LORENTE MARTÍNEZ, "Reconocimiento en la Unión Europea de la filiación de hijos de parejas del mismo sexo", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 16, n. 1, 2024, pp. 386-402; S. MARINO/J. CARRASCOSA GONZALEZ, "Marriage", cit., p. 420; C. FOSSATI, "L'incidenza dell'obbligo di riconoscimento dello status filiationis nell'Unione europea sugli ordinamenti nazionali", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 61, n. 2, 2025, pp. 347-376.

¹⁶ In questo senso si vedano: G. ROSSOLILLO, *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, Cedam, Padova, 2002, p. 239 ss.; P. PICONE, "Diritto internazionale privato comunitario e pluralità di metodi di coordinamento tra ordinamenti, in ID. (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2004, p. 495 ss.; R. BARATTA, "Verso la «comunitarizzazione»", cit., p. 591 ss.; ID., "Problematic Elements of an Implicit Rule Providing for Mutual Recognition of Personal and Family Status in the EC", *IPRax*, vol. 27, n. 1, 2007, p. 9; S. PFEIFF, *La portabilité*, cit. p. 39. Come osservato dalla dottrina in commento alle sentenze *Coman* e *Pancharevo*, l'obbligo di riconoscimento sancito in tali pronunce non opera come regola di diritto internazionale privato autonoma in sostituzione delle norme di conflitto nazionali degli Stati membri, ma, al contrario, svolge una funzione "correttiva esterna" rispetto a queste ultime, che si attiva nei casi in cui la loro applicazione produca esiti lesivi della libertà di circolazione e di soggiorno (O. FERACI, "Il riconoscimento «funzionalmente orientato»", cit., p. 571 ss.; M. GRASSI, "Riconoscimento del rapporto di filiazione", cit., p. 597 ss.).

¹⁷ Anzi, nella sentenza *Pancharevo* la Corte sembra aver escluso espressamente tale obbligo, affermando che le autorità dello Stato membro di cittadinanza del figlio dovessero rilasciare il documento di identità in favore dello stesso senza esigere la previa emissione di un atto di nascita da parte delle proprie autorità, e di conseguenza senza richiedere una forma di iscrizione nei registri di stato civile di tale atto (sent. *Pancharevo*, cit., par. 45).

¹⁸ Corte di giustizia 14 ottobre 2008, *Grunkin e Paul*, C-353/06.

¹⁹ Per ulteriori successive pronunce nelle quali è stato affermato il medesimo principio si vedano: Corte di giustizia 22 dicembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09; Corte di giustizia 2 giugno 2016, *Bogendorff*, C-438/14; Corte di giustizia 8 giugno 2017, *Freitag*, C-541/15. Su tali pronunce si vedano per tutti: C. HONORATI, *Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento europeo*, Giuffrè, Milano, 2010; S. MARINO, "Uso delle particelle nobiliari e diritto all'unicità del nome", *Rivista di diritto internazionale*, vol. 106, n. 3, 2023, pp. 770-779; A. DURÁN AYAGO, *Derechos Humanos*, cit., p. 97 ss.

²⁰ Sent. *Grunkin e Paul*, cit., par. 23 e 24.

12. La stessa soluzione è stata altresì seguita dalla Corte nella sentenza *Mirin*, con riferimento all'identità di genere²¹. Così, la Corte ha affermato che ciascuno Stato membro è obbligato a riconoscere ed annotare nei registri di stato civile i nuovi prenome e identità di genere ottenuti da un cittadino in un altro Stato membro nel quale si era recato esercitando le proprie libertà di circolazione e soggiorno²².

13. Trattati comuni a tutte le sentenze illustrate, sia quelle relative agli *status* personali sia quelle relative agli *status* familiari, sono rappresentati dall'individuazione del fondamento dell'obbligo di riconoscimento in questione negli artt. 20 e 21 TFUE e dalle condizioni in presenza delle quali gli Stati membri possono, eccezionalmente, sottrarsi allo stesso. Tali condizioni, in particolare, sono riconducibili alle generali misure che gli Stati membri possono adottare a limitazione delle libertà di circolazione e soggiorno dei cittadini europei: deve trattarsi di misure basate su considerazioni oggettive, di interesse generale e proporzionate all'obiettivo perseguito²³.

14. Inoltre, a partire dalla sentenza *Coman*, la Corte ha altresì precisato che tali misure non devono comunque condurre ad una lesione dei diritti previsti dalle norme della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ("CDFUE"), interpretate alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo con riferimento alle disposizioni corrispondenti della CEDU²⁴.

III. Il caso *Wojewoda Mazowiecki* e il rinvio pregiudiziale

15. In tale contesto si inserisce la nuova pronuncia della Corte, relativa al caso *Wojewoda Mazowiecki*. Nella fattispecie oggetto del giudizio di rinvio, un cittadino polacco e tedesco e un cittadino

²¹ Corte di giustizia 4 ottobre 2024, *Mirin*, C-4/23. Per alcuni commenti sulla pronuncia si vedano: F. DEANA, "Dalla libera circolazione del nome alla libera circolazione dell'identità di genere: la giurisprudenza della Corte di giustizia dopo la sentenza *Mirin*", *Eurojus*, vol. 11, n. 4, 2024, pp. 126-159; C. FOSSATI, "Il riconoscimento della modifica dell'identità di genere tra gli Stati membri dell'Unione europea: il caso *Mirin*", *Quaderni di SIDBlog*, vol. 11, 2024, pp. 232-248.

²² Sent. *Mirin*, cit., par. 71. Si noti che la Corte è stata altresì investita di una nuova questione pregiudiziale in tema di modifica dell'identità di genere nell'ambito del caso *Shipov* (v. domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Varhoven kasatsionen sad (Bulgaria) il 23 gennaio 2024, C-43/24, *Shipov*). La Corte, in particolare, è stata chiamata a pronunciarsi sulla normativa bulgara che – così come interpretata dalla giurisprudenza nazionale – non consente la modifica dell'identità di genere sugli atti di stato civile in favore di chi si dichiara *transgender*, subordinando tale modifica ad un mutamento di sesso mediante intervento chirurgico o trattamento ormonale. L'Avvocato generale de La Tour, nelle sue conclusioni presentate il 4 settembre 2025, si è espresso nel senso della incompatibilità della normativa bulgara con le libertà UE di circolazione e soggiorno. In particolare, secondo lo stesso l'ostacolo della normativa nazionale in questione alle libertà da ultimo menzionate deriverebbe dall'indicazione obbligatoria nella carta d'identità del cittadino del sesso riportato nell'atto di nascita senza alcuna possibilità (salvo il ricorso alla riassegnazione chirurgica del sesso) di inserirvi l'identità di genere realmente "vissuta" dal soggetto (v. conclusioni dell'AG Jean Richard de la Tour del 4 settembre 2025, *Shipov*, C-43/24).

²³ Sent. *Grunkin e Paul*, cit., par. 29; sent. *Sayn-Wittgenstein*, cit., par. 81; sent. *Bogendorff*, cit., par. 48; sent. *Coman*, cit., par. 41; sent. *Pancharevo*, cit., par. 55; sent. *Mirin*, cit., par. 59. Sul metodo comune seguito dalla Corte in tali pronunce si veda I. MARCHIORO, "Alla ricerca del metodo che non c'è: i riconoscimenti di status nell'Unione europea", *Eurojus*, vol. 12, n. 4, 2025, pp. 207-217.

²⁴ In particolare, nella sentenza *Coman*, la Corte ha evidenziato che il rifiuto delle autorità rumene di riconoscere come "coniuge" il marito dello stesso sesso di un proprio cittadino al fine di concedere allo stesso il diritto di soggiorno di cui all'art. 7, par. 2, della direttiva 2004/38/CE fosse incompatibile con l'art. 7 della Carta, in quanto impediva alla coppia di proseguire la vita familiare tra loro instaurata in un altro Stato membro (sent. *Coman*, cit., par. 47). Nella sentenza *Pancharevo*, la Corte ha sottolineato che il rifiuto delle autorità bulgare di concedere il documento di identità alla propria cittadina – nata in Spagna da una coppia dello stesso sesso – impedendole di circolare e soggiornare liberamente nell'Unione insieme ad entrambi i genitori è contrario al diritto al rispetto della vita privata e familiare, oltre che ai diritti garantiti al minore dall'art. 24 della Carta di tener conto del suo interesse superiore in tutti gli atti che lo riguardano e di mantenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con entrambi i genitori (sent. *Pancharevo*, cit., par. 58). Nella sentenza *Mirin*, la Corte ha invece affermato che il procedimento di autorizzazione alla modifica dell'identità di genere previsto dalla normativa rumena è incompatibile con l'art. 7 della Carta, essendo privo dei requisiti di celerità, rapidità e prevedibilità sanciti dalla giurisprudenza della Corte EDU relativa all'art. 8 CEDU, rilevante in forza del principio di interpretazione parallela di cui all'art. 52, par. 3 della Carta (sent. *Mirin*, cit., par. 62). Anche nella sentenza *Sayn-Wittgenstein*, cit., par. 89, invero, la Corte aveva già proceduto – senza esplicitarlo – a verificare la compatibilità con la Carta della normativa dello Stato membro in questione, restrittiva della libertà di circolazione e soggiorno, concludendo in senso positivo (e precisando che il divieto di utilizzo dei titoli nobiliari previsto da tale normativa fosse compatibile con il principio di uguaglianza di cui all'art. 20 CDFUE).

polacco si sono sposati a Berlino nel 2018. In vista del loro trasferimento in Polonia hanno chiesto alle autorità di tale Paese la trascrizione del proprio atto di matrimonio nel registro di stato civile. Il capo dell'ufficio competente si è rifiutato di accogliere la richiesta, ritenendo la trascrizione dell'atto contraria ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico polacco, che non ammette il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Tale decisione è stata confermata sia dal Presidente del Voivodato di Masovia, sia dal Tribunale amministrativo del Voivodato di Varsavia. Contro la decisione di quest'ultimo organo giurisdizionale, i coniugi hanno proposto ricorso alla Corte suprema amministrativa polacca.

16. Tale giudice ha chiesto alla Corte di giustizia di chiarire se gli artt. 20 e 21 TFUE, in combinato disposto con gli artt. 7 e 21 CDFUE, ostino al rifiuto delle autorità nazionali di uno Stato membro di trascrivere nei propri registri di stato civile l'atto relativo al matrimonio celebrato in un altro Stato membro tra due persone del medesimo sesso, aventi entrambe cittadinanza dell'Unione europea²⁵. Il dubbio del giudice del rinvio consiste nel fatto che, da un lato, tale rifiuto potrebbe essere legittimo in quanto non costituisce un ostacolo, di per sé, all'esercizio del diritto dei coniugi di soggiornare nel primo Stato, essendo entrambi cittadini dell'Unione europea, ed è giustificato dal rispetto del diritto interno dello Stato richiesto, che non consente il matrimonio tra persone dello stesso sesso²⁶. Dall'altro lato, l'assenza nell'ordinamento polacco di una qualsiasi forma di riconoscimento del matrimonio contratto tra due cittadini dello stesso sesso in un altro Stato membro potrebbe rappresentare una lesione del diritto alla vita familiare e una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale degli stessi, impedendo loro il pieno esercizio delle libertà di circolazione e soggiorno²⁷.

IV. Le conclusioni dell'Avvocato generale De La Tour

17. L'Avvocato generale De La Tour, nelle sue conclusioni rese nel caso in esame il 3 aprile 2025, ha suggerito alla Corte di pronunciarsi nel senso che gli art. 20 e 21 TFUE, letti alla luce dell'art. 7 CDFUE, non impongono alle autorità di uno Stato membro la trascrizione di un atto di matrimonio come quello in questione, purché nell'ordinamento di tale Stato siano previsti altri mezzi per garantire un riconoscimento del vincolo matrimoniale nei confronti dei terzi²⁸. Negli Stati membri – come la Polonia – nei quali manchino simili mezzi alternativi e la trascrizione dell'atto di matrimonio sia l'unico strumento per provare lo *status* di coniuge, quest'ultima risulta la soluzione obbligata per garantire l'esercizio delle libertà di circolazione e soggiorno dei coniugi²⁹.

18. L'Avvocato generale è giunto a tali conclusioni all'esito di una ricostruzione della giurisprudenza della Corte di giustizia sulla circolazione degli *status* personali e familiari e di quella della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'art. 8 CEDU. Secondo l'Avvocato generale, la prima si sarebbe sviluppata sinora “su due livelli” (par. 28). In base ad essa, infatti, da un lato, ciascuno Stato membro è obbligato a riconoscere le modifiche degli elementi identificativi – quali nome, cognome e identità di genere – ottenute da un proprio cittadino in un altro Stato membro e ad annotarle nei registri di stato civile (par. 30). Dall'altro lato, gli Stati membri devono riconoscere gli *status* di coniuge e di figlio risultanti rispettivamente dagli atti di matrimonio o di nascita emessi negli altri Stati membri solo ai fini dell'esercizio dei diritti conferiti agli interessati dal diritto dell'Unione, mentre non sono “tenuti a garantire che tale riconoscimento produca effetti in materia di stato civile” (par. 29). Quanto alla giurisprudenza della Corte EDU, dalla stessa emerge che gli Stati contraenti sono obbligati, in forza dell'art. 8 CEDU, ad introdurre “uno specifico quadro giuridico” che garantisca riconoscimento e tutela alle coppie dello

²⁵ V. domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Naczelny Sąd Administracyjny (Polonia) il 23 novembre 2023, *Wojewoda Mazowiecki*, C-713/23.

²⁶ *Ivi*, par. 18.

²⁷ *Ivi*, par. 16-17.

²⁸ Conclusioni dell'AG Jean Richard De La Tour presentate il 3 aprile 2025, *Wojewoda Mazowiecki*, C-713/23.

²⁹ *Ivi*, par. 60.

stesso sesso (par. 35)³⁰. Secondo l'Avvocato generale, dunque, alla luce di tale giurisprudenza, ciascuno Stato membro è obbligato ad introdurre nel proprio ordinamento procedure adeguate al riconoscimento dei legami matrimoniali sorti negli altri Stati membri tra due cittadini UE dello stesso sesso, senza tuttavia essere tenuto a procedere necessariamente alla trascrizione dei relativi atti di matrimonio nei registri di stato civile (par. 46).

V. La sentenza della Corte tra conferma di uno schema consolidato e affermazione di nuovi principi

19. Nella sentenza in commento, la Corte innanzitutto sottolinea che il caso oggetto del giudizio di rinvio coinvolge una coppia di coniugi dello stesso sesso, aventi entrambi cittadinanza dell'Unione europea, che invocano nei confronti del proprio Paese d'origine il riconoscimento dello *status* di coniuge acquisito in un altro Stato membro nel quale si erano recati esercitando le libertà di circolazione e soggiorno (par. 37). Il caso quindi si differenzia da quello oggetto della sentenza *Coman*, nel quale uno dei coniugi era cittadino di uno Stato terzo e richiedeva alle autorità dello Stato membro di cittadinanza dell'altro coniuge che gli fosse accordato il diritto di soggiorno derivato. La Corte, pertanto, richiama i principi sanciti in quest'ultima pronuncia, sviluppandoli ulteriormente e adeguandoli al caso in esame. Alla luce di tali principi, ciascuno Stato membro, al fine di garantire l'effetto utile della libertà di circolazione e soggiorno di un proprio cittadino, deve concedere il diritto di soggiorno derivato a favore del coniuge dello stesso sesso di quest'ultimo, cittadino di uno Stato terzo, garantendo alla coppia continuità della vita familiare (par. 45). L'effetto utile delle libertà di circolazione e soggiorno richiede "a maggior ragione" che due cittadini dell'Unione europea che abbiano avviato la propria vita familiare in uno Stato membro, contraendo matrimonio secondo la legge di tale Paese, possano avere la certezza di proseguire la stessa nello Stato membro di origine (par. 46).

20. Posta tale premessa, la Corte definisce il quadro giuridico di riferimento, seguendo lo stesso schema adottato nei propri precedenti in tema di riconoscimento degli *status* personali e familiari: le norme relative al matrimonio sono di competenza degli Stati membri, i quali sono liberi di far accedere a tale istituto le coppie dello stesso sesso (par. 47); nell'esercizio di questa competenza essi devono rispettare le libertà di circolazione e soggiorno dei cittadini UE, "riconoscendo, a tal fine, lo *status* delle persone stabilito in un altro Stato membro" (par. 48); il rifiuto da parte delle autorità di uno Stato membro di riconoscere il matrimonio contratto da una coppia di propri cittadini dello stesso sesso in un altro Stato membro può ostacolare l'esercizio da parte degli stessi delle libertà in questione (par. 51); tale rifiuto, infatti, impedisce alla coppia di proseguire nello Stato d'origine la vita familiare instaurata nello Stato membro ospitante, mantenendo lo "*status* giuridico, certo e opponibile a terzi" (par. 52).

21. La Corte precisa poi che nel caso oggetto del giudizio, gli ostacoli incontrati dai coniugi a causa del mancato riconoscimento del proprio matrimonio da parte delle autorità polacche sono rappresentati dal fatto che uno di essi non ha potuto beneficiare dell'assicurazione sanitaria pubblica durante il suo periodo di disoccupazione e che la modifica del cognome ottenuto dallo stesso coniuge in seguito al matrimonio (con l'aggiunta del cognome del marito) è stata autorizzata da una autorità giudiziaria con riferimento all'intestazione di un bene immobile, mentre è stata rifiutata da un'altra autorità per l'intestazione di un diverso bene (par. 50)³¹.

22. La Corte, a questo punto della motivazione – sempre in linea con lo schema seguito nei precedenti – ricorda che una restrizione della libertà di circolazione dei cittadini UE può essere giustificata

³⁰ L'AG ha fatto riferimento nello specifico a Corte EDU 12 dicembre 2023, *Przybyszewska e a. c. Polonia*, ric. n. 11454/17 e a Corte EDU 17 gennaio 2023, *Fedotova e a. c. Russia*, ric. nn. 40792/10, 30538/14 e 43439/14.

³¹ Si noti che tale indicazione sembra contraddire quanto riportato nella prima parte della motivazione, secondo cui su richiesta del coniuge interessato, l'ufficio di stato civile di Varsavia aveva adottato una decisione con la quale il suo cognome era stato modificato con l'aggiunta del cognome dell'altro coniuge (par. 21). L'espressione "è stato modificato allo stesso modo in Polonia" sembrava infatti far riferimento ad una modifica di portata generale.

solo se basata su considerazioni oggettive di interesse generale, proporzionata allo scopo perseguito e conforme alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (par. 55).

23. Quindi essa procede a verificare se soddisfatti tali requisiti il motivo del rifiuto di trascrizione dell'atto di matrimonio opposto dalle autorità polacche, basato, come anticipato, su ragioni di ordine pubblico, per contrarietà del matrimonio tra persone dello stesso sesso ai valori fondanti l'ordinamento polacco.

24. A tal fine, la Corte ribadisce che l'ordine pubblico può essere invocato a motivo di una deroga ad una libertà fondamentale quale quella in questione solamente "in presenza di una minaccia reale e sufficientemente grave ad uno degli interessi fondamentali della società" (par. 60). Tuttavia, come già precisato in occasione della sentenza *Coman*, in caso di matrimonio *same-sex* concluso in uno Stato membro, l'obbligo dello Stato di origine (di almeno uno) dei due coniugi di riconoscere il matrimonio al fine di consentire la prosecuzione della vita familiare della coppia non attenta all'identità nazionale né lede l'ordine pubblico di tale Stato, in quanto lascia impregiudicata la competenza di quest'ultimo a regolare l'istituto del matrimonio, ammettendolo o meno per le coppie dello stesso sesso (parr. 61-62).

25. Inoltre, secondo la Corte, il mancato riconoscimento del matrimonio da parte delle autorità polacche è contrario al diritto al rispetto della vita privata e familiare e al divieto di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, di cui, rispettivamente agli artt. 7 e 21 CDFUE (par. 67).

26. Con particolare riguardo all'art. 7, secondo la Corte, occorre interpretare tale disposizione alla luce della giurisprudenza della Corte EDU relativa all'art. 8 CEDU, secondo cui gli Stati contraenti sono obbligati a istituire un quadro giuridico per il riconoscimento e la tutela delle coppie *same-sex* (par. 66)³². La Corte, quindi, afferma che gli Stati membri che, come la Polonia, non prevedono il matrimonio egualitario, devono introdurre "misure adeguate" che consentano di riconoscere i matrimoni contratti in un altro Stato membro da due cittadini dello stesso sesso che ivi si erano trasferiti nell'esercizio delle libertà di circolazione e soggiorno (parr. 68).

27. Secondo la Corte, sebbene la scelta delle modalità con le quali procedere a tale riconoscimento rientri nella competenza discrezionale degli Stati membri, è necessario che le modalità individuate, da un lato, non rendano impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio delle libertà di cui all'art. 21 TFUE e, dall'altro, non ledano l'art. 21, par. 1 CDFUE, realizzando una discriminazione basata sull'orientamento sessuale (parr. 69-70).

28. La Corte prosegue osservando che in Polonia le autorità amministrative godono di elevata discrezionalità nel riconoscere gli atti di matrimonio rilasciati all'estero che non siano stati trascritti nei registri di stato civile, con la conseguenza che risulta eccessivamente difficile o impossibile far valere i diritti derivanti dagli stessi (par. 71). Tuttavia, come dimostrato dal caso in esame, nei registri di stato civile polacchi vengono trascritti unicamente gli atti di matrimonio tra persone di sesso diverso e non anche quelli *same-sex* (par. 74). Tale differenza di trattamento costituisce, secondo la Corte, una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, contraria all'art. 21, par. 1 CDFUE (par. 75). Se, pertanto, uno Stato membro ha stabilito "una modalità unica" per il riconoscimento dei matrimoni contratti da cittadini UE in un altro Stato membro, deve applicare tale modalità sia a quelli conclusi tra persone dello stesso sesso sia a quelli tra persone di sesso diverso (par. 75).

29. La Corte ha quindi concluso – sostanzialmente in linea con l'Avvocato generale – che gli artt. 20 e 21 TFUE, letti alla luce degli artt. 7 e 21 CDFUE, vanno interpretati nel senso che ostano ad

³² Sul punto, la Corte ricorda che la Corte EDU ha già accertato che la Polonia ha violato l'obbligo di istituire il quadro giuridico in questione, lasciando le coppie *same-sex* nell'impossibilità di organizzare la propria vita privata e familiare (sent. *Przybylska*, cit., parr. 113, 123 e 124, nonché a Corte EDU 19 settembre 2024, *Formela e altri c. Polonia*, ric. n. 58828/12, parr. 20, 25, 26 e 29, e a Corte EDU 24 aprile 2025, *Andersen c. Polonia*, ric. n. 53662/20, parr. 11, 14-19).

una normativa di uno Stato membro che non consente di trascrivere nei registri di stato civile il matrimonio contratto tra due suoi cittadini dello stesso sesso in un altro Stato membro nel quale essi si erano trasferiti esercitando le libertà di circolazione e soggiorno e nel quale avevano costituito la propria vita familiare, qualora la trascrizione sia “l’unico mezzo” che permetta il riconoscimento di tale matrimonio all’interno dell’ordinamento (par. 77).

VI. Una prima analisi della pronuncia

30. Il principale interrogativo che può porsi dalla lettura della sentenza in commento è quello se nella stessa la Corte abbia affermato la sussistenza di un obbligo in capo agli Stati membri di riconoscimento pieno ed effettivo del matrimonio contratto da cittadini UE dello stesso sesso in un altro Stato membro.

31. Nella pronuncia, infatti, la Corte sancisce un obbligo di riconoscimento più ampio e penetrante rispetto a quello stabilito nel caso *Coman*. In particolare, se essa si fosse limitata ad applicare al caso di specie i principi enunciati nel proprio precedente, non avrebbe verosimilmente potuto ravvisare un ostacolo all’esercizio delle libertà di circolazione e soggiorno dei coniugi nel rifiuto delle autorità rumene di trascrivere il loro atto di matrimonio. Gli stessi, infatti, in quanto cittadini UE, avrebbero comunque potuto fare ingresso e soggiornare legalmente in Polonia. La Corte, invece, sembra richiedere che lo Stato membro in questione riconosca il matrimonio dei due cittadini in modo che essi beneficino dello *status* di coniuge “certo e opponibile a terzi”³³.

32. Tuttavia, l’affermazione nella sentenza in commento di un obbligo di riconoscimento “a tutti gli effetti” dei matrimoni *same-sex* tra gli Stati membri non risulta con sufficiente chiarezza³⁴. In primo luogo, infatti, il fondamento dell’obbligo di riconoscimento è lo stesso di quello individuato nei precedenti, vale a dire gli artt. 20 e 21 TFUE. In forza delle libertà di circolazione e soggiorno sancite da tali norme ciascun cittadino UE ha diritto di trasferirsi in uno Stato membro diverso da quello di origine, soggiornarvi alle condizioni stabilite dalla direttiva 2004/38 e, nel caso in cui durante tale soggiorno contragga matrimonio e consolidi una vita familiare con una persona del suo stesso sesso, ha diritto a far rientro nel proprio Stato di origine proseguendo la propria vita familiare³⁵. Anche le eccezioni all’obbligo di riconoscimento risultano confermate. Le autorità dello Stato membro di origine dei coniugi potrebbero rifiutarsi di riconoscere il matrimonio solo in presenza di considerazioni oggettive di interesse generale e nel rispetto del principio di proporzionalità e dei diritti fondamentali tutelati dalla Carta³⁶. Allo stesso modo, la Corte sembra ribadire il carattere limitato e funzionalmente orientato dell’obbligo sancito in capo agli Stati membri, laddove afferma che esso è circoscritto al riconoscimento dei matrimoni ai fini dell’esercizio dei diritti conferiti ai cittadini dal diritto dell’Unione, non comporta la necessità di prevedere l’istituto del matrimonio tra persone dello stesso sesso e, pertanto, non viola l’identità nazionale né minaccia l’ordine pubblico degli Stati membri³⁷.

33. In cosa consista il diverso obbligo di riconoscimento enunciato nella sentenza *Wojewoda Mazowiecki* e quali siano i suoi presupposti applicativi risulta, però, incerto.

³³ Sent. *Wojewoda Mazowiecki*, cit., par. 52.

³⁴ Tra i primissimi commentatori alla pronuncia, alcuni si sono espressi nel senso che la Corte, nella stessa, avrebbe affermato la sussistenza di un obbligo di riconoscimento generalizzato (così L. VAIGÈ, “Cupriak-Trojan: A First Reading from a Private International Law Perspective”, *eapil.org*, 9 dicembre 2025), mentre altri nel senso che l’affermazione di un simile obbligo risulta alquanto dubbia (A. TRYFONIDOU, “Cross-Border Recognition of Same-Sex Marriages in the EU: Full Recognition or Mere Effects?”, *eapil.org*, 10 dicembre 2025).

³⁵ Il diritto del cittadino UE in mobilità alla normale vita familiare come corollario della libertà di circolazione e soggiorno è stato affermato a partire dalla sentenza *Metock* (Corte di giustizia 25 luglio 2008, *Metock*, C-127/08, ECLI:EU:C:2008:449, par. 62). Sul punto si veda N. LAZZERINI, “Il diritto dei cittadini dell’Unione ‘circolanti’ di condurre una normale vita familiare: stato dell’arte e prospettive”, *Quaderni Aisdue*, fasc. spec. n. 1, 2024, pp. 303-330.

³⁶ Sent. *Wojewoda Mazowiecki*, cit., parr. 45-46.

³⁷ Sent. *Wojewoda Mazowiecki*, cit., parr. 61-62.

34. Con riferimento a quest'ultimo aspetto, la Corte ha affermato che se nella sentenza *Coman* è stato sancito “un obbligo di concessione di un diritto di soggiorno derivato al coniuge di un cittadino dell'Unione, in una situazione in cui tale coniuge era cittadino di un paese terzo, dello stesso sesso del cittadino dell'Unione”, in un caso come quello di specie nel quale i coniugi hanno entrambi cittadinanza UE, “l'art. 21, par. 1, TFUE richiede a maggior ragione che essi possano avere la certezza di poter proseguire nello Stato membro di origine la vita familiare che hanno sviluppato o consolidato nello Stato membro ospitante, in particolare per effetto del loro matrimonio”³⁸. Non risulta chiaro dunque se, in base a tale passaggio della pronuncia, l'obbligo di riconoscimento in questione si applichi alle sole ipotesi in cui entrambi i coniugi abbiano cittadinanza UE oppure anche a quelle nelle quali uno solo dei coniugi abbia tale cittadinanza³⁹. A voler aderire alla prima lettura, la giustificazione della differenza di trattamento tra le due fattispecie sarebbe quantomeno dubbia⁴⁰.

35. Quanto al contenuto dell'obbligo, la Corte si è limitata ad affermare che gli Stati membri devono introdurre “procedure adeguate” di riconoscimento dei matrimoni in questione e che la determinazione delle modalità di riconoscimento rientra nel margine di discrezionalità degli Stati⁴¹. Vero è che alcune indicazioni sembrano ridurre tale spazio di discrezionalità. Così, pare che il riconoscimento debba rendere possibile l'opponibilità a terzi dello *status* coniugale⁴² e che non debba essere rimesso alle valutazioni delle singole autorità amministrative⁴³. Inoltre, gli Stati membri devono rispettare l'art. 21, par. 1 CDFUE, nella parte in cui sancisce il divieto di discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale, prevedendo “modalità di riconoscimento equivalenti” per i matrimoni tra coppie di sesso opposto e per quelli *same-sex*⁴⁴.

36. Tali indicazioni, tuttavia, non paiono sufficientemente chiare e sollevano ulteriori dubbi. In particolare, ci si potrebbe chiedere se l'obbligo di riconoscimento in questione sia compatibile con la tecnica del c.d. *downgrade recognition*, presente in ordinamenti come quello italiano, che non prevedono i matrimoni egualitari. Essa, come noto, consiste nel riconoscere ai matrimoni *same-sex* celebrati all'estero gli stessi effetti che, nell'ordinamento, discendono dai vincoli giuridici tra persone dello stesso sesso, diversi dal matrimonio (unioni civili o *partnership* registrate)⁴⁵. Così, con particolare riguardo all'Italia, l'art. 32-*bis* L. 218/1995 stabilisce che i matrimoni celebrati all'estero da cittadini italiani con persona dello stesso sesso producono gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana⁴⁶. Gli atti

³⁸ Sent. *Wojewoda Mazowiecki*, cit., par. 45-46.

³⁹ Si veda inoltre A. TRYFONIDOU, “Cross-Border Recognition”, cit., secondo la quale è dubbio se l'obbligo sancito dalla Corte si applichi anche nel caso in cui una coppia si reca in uno Stato membro al solo scopo di sposarsi, facendo immediatamente ritorno nel Paese di origine per chiedere il riconoscimento, e a quelli in cui la coppia si sia sposata in uno Stato terzo ed abbia successivamente ottenuto il riconoscimento del proprio matrimonio in uno Stato membro.

⁴⁰ A parere di chi scrive, sembra più ragionevole l'opposta lettura. Poiché – come già illustrato – l'obbligo di riconoscimento sancito nella sentenza in commento si fonda, al pari che nella sentenza *Coman*, sull'art. 21 TFUE e sul diritto alla prosecuzione della normale vita familiare dei cittadini europei in mobilità, tale obbligo dovrebbe applicarsi in tutte le ipotesi nelle quali almeno uno dei coniugi sia cittadino UE e il matrimonio sia stato contratto in uno Stato membro, diverso da quello di origine di quest'ultimo, nel quale questi si era recato nell'esercizio delle libertà di circolazione e soggiorno (con correlativa inapplicabilità alle sole situazioni puramente interne e a quelle che coinvolgono unicamente Stati terzi).

⁴¹ Sent. *Wojewoda Mazowiecki*, cit., par. 68.

⁴² V. sent. *Wojewoda Mazowiecki*, cit., par. 52.

⁴³ V. sent. *Wojewoda Mazowiecki*, cit., par. 71.

⁴⁴ V. sent. *Wojewoda Mazowiecki*, cit., par. 75.

⁴⁵ Sul punto si vedano: A. FUCHS, “Registered Partnership, Same-Sex Marriage and Children: Crossing Borders”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 52, n. 2, 2016, pp. 445-459; C. CAMPIGLIO, “La disciplina delle unioni civili transnazionali e dei matrimoni esteri tra persone dello stesso sesso”, *ibidem*, vol. 53, n. 1, 2017, pp. 33-66, spec. p. 41; S. MARINO/J. CARRASCOSA GONZALEZ, “Marriage”, cit., p. 419.

⁴⁶ Si noti che la norma si applica ai matrimoni tra due persone dello stesso sesso, delle quali almeno una abbia cittadinanza italiana. Con riferimento ai matrimoni tra due stranieri, sono state prospettate soluzioni diverse in merito alla loro qualificazione fini dell'individuazione della legge applicabile alla loro esistenza e validità: secondo alcuni anch'essi vanno qualificati come unioni civili (così, C. CAMPIGLIO, “La disciplina”, cit., p. 33 ss.; M. GRASSI, “Sul riconoscimento dei matrimoni”, cit., p. 772), mentre secondo altri come matrimoni (G. BIAGIONI, “Unioni same-sex e diritto internazionale privato: il nuovo quadro normativo dopo il d. lgs. n. 7/2017”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 100, n. 2, 2017, pp. 496-526, spec. p. 506; O. LOPES PEGNA,

relativi a tali matrimoni, inoltre, vengono trascritti nel registro delle unioni civili⁴⁷. Dal momento che gli effetti derivanti da tali unioni sono solo in parte analoghi a quelli del matrimonio – divergendo in particolar modo sotto il profilo della filiazione⁴⁸ – i coniugi dello stesso sesso sposatisi all'estero ricevono un riconoscimento non paritario del proprio vincolo rispetto ai coniugi di sesso diverso. Sotto questo profilo, la compatibilità della tecnica in questione con l'art. 21, par. 1 CDFUE può risultare dubbia.

37. Tuttavia, non sembra che la Corte abbia voluto escludere la possibilità da parte degli Stati di ricorrere al *downgrade recognition*⁴⁹. In primo luogo, infatti, la Corte ha precisato che se l'ordinamento di uno Stato membro contempla “una modalità unica” per il riconoscimento dei matrimoni conclusi dai cittadini UE in un altro Stato membro, essa deve essere applicata sia ai matrimoni tra coppie di sesso diverso sia a quelli tra persone dello stesso sesso. Tale precisazione sembra dunque lasciare aperta la possibilità di introdurre modalità diverse per il riconoscimento delle due categorie di matrimoni. Inoltre, la compatibilità della “riqualificazione” con l'art. 8 CEDU ha trovato conferma da parte della Corte EDU, nella sentenza *Hämäläinen c. Finlandia*, sebbene nel differente caso della legislazione finlandese sulle conseguenze del mutamento di sesso di uno dei coniugi⁵⁰. Tale soluzione risulta coerente con la possibilità, ribadita dalla stessa Corte, da parte degli Stati contraenti di prevedere o meno nei propri ordinamenti i matrimoni *same-sex*, purché essi si dotino di un quadro giuridico che offra alle coppie dello stesso sesso adeguato riconoscimento e protezione nelle loro relazioni⁵¹. Dal momento che anche la Corte di giustizia, nella sentenza in esame, ha ribadito che il diritto dell'Unione europea, allo stato attuale, non impone agli Stati membri di prevedere l'istituto del matrimonio *same-sex*, pare ragionevole ritenere che sia consentita agli stessi la possibilità di ricorrere alla riqualificazione dei matrimoni tra persone dello stesso sesso conclusi all'estero in unioni civili o *partnership* registrate, a garanzia della coerenza interna dei rispettivi ordinamenti. In definitiva, a parere di chi scrive, sembra che la Corte, nella sentenza in commento, si sia limitata ad affermare che risulti incompatibile con l'art. 21, par. 1 CDFUE la scelta degli Stati membri di regolare unicamente il riconoscimento dei matrimoni tra persone dello stesso sesso, lasciando invece un vuoto con riferimento alle unioni *same-sex*.

38. Dalla pronuncia risulta invece con maggior chiarezza che gli Stati membri non debbano procedere necessariamente alla trascrizione dell'atto di matrimonio nei registri di stato civile. La Corte, infatti, ha concluso nel senso che nel caso di specie le autorità polacche dovessero procedere alla trascrizione dell'atto soltanto in ragione delle peculiarità del loro ordinamento. Secondo la Corte, in tale contesto, soltanto tramite la trascrizione dell'atto di matrimonio nei registri di stato civile si evitano incertezze nella prova dello *status* di coniuge, il cui accertamento sarebbe altrimenti rimesso alla discrezionalità delle autorità amministrative⁵². La sentenza in commento sembra dunque limitarsi a richiedere che non risulti

“Effetti dei matrimoni *same-sex* contratti all'estero dopo il ‘riordino’ delle norme italiane di diritto internazionale privato”, *ibidem*, pp. 527-551, spec. p. 536). Seguendo la prima impostazione, andrebbe fatta applicazione dell'art. 32-ter L. 218/1995, con la conseguenza che la capacità e le condizioni per costituire l'unione civile sarebbero regolate dalla legge nazionale di ciascuna parte e, se una delle parti avesse la cittadinanza di uno Stato che non prevede le unioni civili, si applicherebbe la legge italiana. Seguendo invece la seconda impostazione verrebbe in rilievo l'art. 27 L. 218/1995 – secondo cui la capacità e le condizioni per contrarre matrimonio sono regolati dalla legge nazionale di ciascuno dei nubendi – e, per l'effetto, se uno dei coniugi è cittadino di uno Stato che non ammette il matrimonio *same-sex*, le nozze celebrate all'estero tra lo stesso e una persona del suo stesso sesso non potrebbero produrre effetti in Italia.

⁴⁷ Nello specifico tali atti vengono trascritti nella parte seconda del registro delle unioni civili (v. art. 134-bis r.d. 1238/1939, modificato dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 5).

⁴⁸ Sul punto si veda, per tutti, M. SESTA, “Art. 1 c. 1”, in M. SESTA/M.N. BUGETTI (a cura di), *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 169 ss.

⁴⁹ In questo senso si veda L. ACCONCIAMESSA, “La sentenza Wojewoda Mazowiecki della Corte di giustizia ha davvero sancito un obbligo generale di riconoscere il matrimonio tra persone dello stesso sesso celebrato in altro Stato dell'Unione?”, *Eurojus*, 1° dicembre 2025. In senso contrario sembra esprimersi L. VAIGÈ, “Cupriak-Trojan”, cit.

⁵⁰ Corte EDU 16 luglio 2014, *Hämäläinen c. Finlandia*, ric. n. 37359/09.

⁵¹ In questo senso si vedano sent. *Fedotova*, cit. e Corte EDU 21 luglio 2015, *Oliari e a. c. Italia*, ric. nn. 18766/11 e 36030/11.

⁵² Cfr. sent. *Wojewoda Mazowiecki*, cit., par. 71-72. Come ulteriormente precisato dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni nel caso di specie, la normativa polacca secondo cui gli atti di matrimonio stranieri producono effetti probatori equi-

impossibile o eccessivamente onerosa per i coniugi la prova del proprio *status* (coniugale). La determinazione del mezzo attraverso il quale realizzare tale risultato è rimessa agli Stati membri.

VII. Alcune osservazioni conclusive

39. In conclusione, si può affermare che la sentenza *Wojewoda Mazowiecki* sancisce principi di uguaglianza delle coppie *same-sex* che rafforzano la tutela dei diritti di tali coppie, in coerenza con le politiche LGBTIQ+ dell'Unione europea⁵³. Essa, però, lascia aperte significative questioni e fa sorgere numerosi dubbi, che rischiano di pregiudicare la portata innovativa e l'impatto dei principi enunciati.

40. Non è chiaro in particolare se nella stessa la Corte abbia affermato la sussistenza di un obbligo di riconoscimento pieno e generalizzato dei matrimoni *same-sex* all'interno dell'Unione europea. Gli elementi di novità introdotti dalla Corte rispetto ai propri precedenti non sono, a parere di chi scrive, sufficienti per sostenere una simile conclusione. In particolare, il riferimento all'art. 21, par. 1 CDFUE sul divieto di discriminazioni in base all'orientamento sessuale – che non era mai stato compiuto dalla Corte nelle sentenze in tema di circolazione degli *status* familiari – non sembra dirimente, ma pare avere un valore meramente rafforzativo di un limite già derivante dall'art. 7 della Carta. Va sottolineato, infatti, che la Corte non ha individuato in tale norma il fondamento dell'obbligo di riconoscimento in questione – che resta ancorato agli artt. 20 e 21 TFUE – bensì un mero limite alla facoltà degli Stati membri di adottare misure restrittive delle libertà di circolazione e soggiorno dei cittadini UE e, nello specifico, alla loro discrezionalità nella determinazione delle modalità di riconoscimento dei matrimoni *same-sex* conclusi in altri Stati membri.

41. La sentenza ha sicuramente un notevole impatto nei confronti degli Stati che – come la Polonia – non prevedono ancora alcuna forma di riconoscimento giuridico delle coppie dello stesso sesso e che non attribuiscono alcun valore legale certo agli atti di matrimonio *same-sex* rilasciati dalle autorità degli altri Stati membri⁵⁴. Tuttavia, l'obbligo di trascrizione di tali atti nei registri di stato civile crea negli ordinamenti di tali Stati una situazione di dubbia coerenza e disparità di trattamento rispetto alle situazioni puramente interne⁵⁵. Al fine di porvi rimedio, essi dovrebbero introdurre quantomeno istituti

valenti a quelli degli atti formati dalle autorità nazionali non viene applicata nella prassi, cosicché la trascrizione dell'atto di matrimonio è l'unico mezzo per poter provare lo *status* di coniuge (conclusioni *Wojewoda Mazowiecki*, cit., par. 44). Secondo l'Avvocato generale, tuttavia, "l'obbligo di trascrivere in un registro dello stato civile un atto di matrimonio emesso in uno Stato membro non può essere imposto (...) ad un altro Stato membro se il matrimonio produce i suoi effetti senza che sia necessario espletare tale formalità" (par. 46). Sul punto si veda I. MARCHIORO, "Alla ricerca del metodo", cit., p. 215, la quale ravvede in tale soluzione un rischio di "frode delle etichette".

⁵³ Si noti infatti che tra i punti chiave della strategia per l'uguaglianza LGBTIQ+ vi è quello di garantire il riconoscimento delle relazioni delle famiglie arcobaleno in tutta l'Unione europea (v. comunicazione della Commissione sulla strategia per l'uguaglianza LGBTIQ+ 2026-2030, cit.). Sul rapporto tra la pronuncia e tale strategia si veda M. PASQUA, "The Impact of Cupriak-Trojan on the Commission LGBTIQ+ Equality Strategy 2026–2030", *epil.org*, 12 dicembre 2025.

⁵⁴ Ci si potrebbe chiedere se i principi sanciti dalla Corte nella sentenza *Wojewoda Mazowiecki* possano trovare applicazione anche in casi aventi ad oggetto la trascrizione di un atto diverso da quello di matrimonio, ed in particolare quello di nascita di un bambino, attestante il rapporto di filiazione dello stesso con due genitori dello stesso sesso. Al riguardo, si ricorderà che, in seguito alla sentenza della Corte di giustizia sul caso *Pancharevo*, la Suprema Corte bulgara aveva negato che le autorità nazionali fossero obbligate a trascrivere nei registri di stato civile l'atto di nascita della bambina in questione. Secondo la Suprema Corte, infatti, la minore non poteva essere considerata cittadina bulgara, poiché in base alla normativa nazionale, non risultava possibile accertare un suo rapporto di filiazione con la madre avente cittadinanza bulgara, giacché nata nell'ambito di un progetto genitoriale di una coppia dello stesso sesso (Corte suprema amministrativa della Repubblica di Bulgaria 21 novembre 2022, n. 2185 sulla quale si veda N. RUSINOVA, "Bulgarian Supreme Court Judgment on Pancharevo – Correct Answer to a Wrong Question", *epil.org*, 11 maggio 2023). Vi è da chiedersi allora se il rifiuto di procedere alla trascrizione dell'atto di nascita in questione, al pari del rifiuto della trascrizione dell'atto di matrimonio oggetto del caso *Wojewoda Mazowiecki*, possa essere considerato incompatibile con l'art. 21 CDFUE, rendendo impossibile o eccessivamente onerosa per la minore e i suoi genitori dello stesso sesso la prova dello *status filiationis*, con conseguente *vulnus* all'effettività della libertà di circolazione e soggiorno.

⁵⁵ Sulle difficoltà applicative dei principi sanciti nella sentenza in commento e sul loro possibile impatto sull'ordinamento polacco si veda A. WYSOCKA-BAR, "Cupriak-Trojan – Some Comments from Poland", *epil.org*, 11 dicembre 2025.

quali le unioni civili per le coppie dello stesso sesso, ricorrendo poi alla tecnica del *downgrade recognition* per ricondurre a tali istituti anche i matrimoni *same-sex* celebrati all'estero e trascrivere i relativi atti nei medesimi registri.

42. Più difficile risulterà invece l'applicazione dei principi affermati dalla sentenza in casi diversi da quelli oggetto del giudizio di rinvio. Pertanto, è ragionevole immaginare che in futuro saranno effettuati nuovi rinvii pregiudiziali da parte delle autorità nazionali, volti ad ottenere dalla Corte maggiori chiarimenti sull'obbligo di riconoscimento dei matrimoni *same-sex* e, più in generale, degli *status* familiari.

Private and family life of children born abroad via surrogacy
and that of their intended mother.
Case K.K. and Others v. Denmark (Application no. 25212/21).
European Court of Human Rights (Second Section), Judgment
of 6 December 2022

La vie privée et familiale des enfants nés à l'étranger par
gestation pour autrui et celle de leur mère d'intention.
Affaire K.K. et Autres c. Danemark (Requête n° 25212/21).
Cour Européenne Des Droits de L'homme (Deuxième
Section), Arrêt du 6 Décembre 2022

SATU HEIKKILÄ*

Lawyer at the Registry of the European Court of Human Rights
Administrative Law Judge
Associate Professor at the University of Lapland, Finland

Recibido: 31.12.2025 / Aceptado: 16.01.2026

DOI: 10.20318/cdt.2026.10309

Abstract: This article is a case study of the case *K.K. and Others v. Denmark*, decided by the European Court of Human Rights in 2022. The case concerned a surrogacy arrangement concluded in Ukraine and its consequences to the applicant children and their intended mother who was not able to adopt the children in Denmark. The issue at stake falls within the scope of Article 8 of the European Convention on Human Rights which guarantees the right to respect for private and family life. The Court has relatively vast case-law on surrogacy issues both under the private life aspect and under the family life aspect and the judgment in *K.K. and Others v. Denmark* adds to this case-law.

Keywords: European Court of Human Rights, Article 8 of the Convention, private and family life, surrogacy abroad, intended mother's possibility to adopt

Résumé : Cet article consiste en une étude de l'arrêt *K.K. et autres c. Danemark*, rendu par la Cour européenne des droits de l'homme en 2022. Cette affaire concernait une gestation pour autrui réalisée en Ukraine et ses conséquences pour les enfants requérants et leur mère d'intention, qui n'a pas pu les adopter au Danemark. La question en litige relève de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui garantit le droit au respect de la vie privée et familiale. La Cour dispose d'une jurisprudence relativement abondante en matière de gestation pour autrui, tant sous l'angle du respect de la vie privée que sous celui du respect de la vie familiale, jurisprudence que l'arrêt *K.K. et autres c. Danemark* vient enrichir.

*Any errors or omissions are the responsibility of the author. The opinions expressed are those of the author and do not engage the responsibility of the European Court of Human Rights or of the Council of Europe.

Mots-clés : Cour européenne des droits de l’homme, article 8 de la Convention, vie privée et familiale, gestation pour autrui à l’étranger, possibilité d’adoption pour une mère d’intention

Summary: I. Introduction. II. Facts of the case. III. The Court’s judgment. IV. Analysis. 1. Family life. 2. Private life. V. Concluding remarks.

I. Introduction

1. Surrogacy arrangements and their consequences to the child and parents are an issue falling within the scope of Article 8 of the European Convention on Human Rights (hereafter the Convention) which guarantees the right to respect for private and family life. Surrogacy arrangements can be examined either under the private life aspect or under the family life aspect of Article 8 or – as is often the case – under both. The European Court of Human Rights (hereafter the Court) has relatively vast case-law on surrogacy issues both under the private life aspect and under the family life aspect. The judgment of the Second Section of the Court in the case *K.K. and Others v. Denmark* is a part of this case-law. It follows the principles established in earlier landmark cases of *Mennesson v. France*¹, *Paradiso and Campanelli v. Italy*², *D. v. France*³, and *Valdís Fjölnisdóttir and Others v. Iceland*⁴, as well as those established in *Advisory opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother* (hereafter the *Advisory opinion*)⁵.

II. Facts of the case

2. The first applicant in the case is the intended mother and the second and third applicants are twins born in 2013. In December 2013, a surrogate mother in Ukraine gave birth to the second and third applicants following a surrogacy agreement with the first applicant and her husband, who were the intended parents of the children. The husband was the biological father of the children. The Ukrainian authorities issued birth certificates for the children, naming the first applicant as their mother and her husband as their father⁶.

3. The children were brought to Denmark in February 2014. In Denmark, the woman giving birth to a child is the legal parent of the child. Accordingly, the surrogacy agreement stating that the first applicant was to be named as the mother of the two children on the birth certificates had no legal effect in Denmark. However, the children obtained Danish nationality because of their family ties to their father. In addition, on 22 March 2018, the authorities granted the first applicant and her husband the joint custody of the children⁷.

4. In the meantime, the first applicant applied for adoption of the children as a step-parent (step-child adoption). By a decision of 26 February 2014, the State Administration refused the application for adoption as the first applicant and the children had only lived together in Denmark for sixteen days. On 26 July 2016 the National Social Appeals Board affirmed the decision of 26 February 2014, stating

¹ ECtHR, 26 June 2014, *Mennesson v. France*, no. 65192/11, paras. 78-102.

² ECtHR, 24 January 2017, *Paradiso and Campanelli v. Italy*, no. 25358/12, paras. 140-141, 157 and 161-165.

³ ECtHR, 16 July 2020, *D. v. France*, no. 11288/18, paras. 41-72 and 81-89.

⁴ ECtHR, 18 May 2021, *Valdís Fjölnisdóttir and Others v. Iceland*, no. 71552/17, paras. 62-79.

⁵ ECtHR, 10 April 2019, *Advisory opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother*, request no. P16-2018-001, French Court of Cassation, paras. 35-59.

⁶ ECtHR, 6 December 2022, *K.K. and Others v. Denmark*, no. 25212/21, paras. 2 and 5-6.

⁷ *Ibid.*, paras. 7-8.

that an adoption would be contrary to section 15 of the Adoption Act⁸, since the surrogate mother had been paid to consent to adoption. On 20 February 2017 the National Social Appeals Board confirmed its decision. The first applicant then brought the case before the courts. The decision to refuse adoption was upheld by the District Court on 6 June 2018 and by the High Court on 14 June 2019 respectively. With the permission from the Appeals Permission Board, the judgment of 14 June 2019 was brought before the Supreme Court, which in a judgment of 16 November 2020 found against the applicants.⁹

5. The Supreme Court, first of all, noted that section 15 of the Adoption Act contained an absolute ban on granting adoption if anybody having to consent to the adoption had been paid or received remuneration. It found it established that a payment of 32,265 euros by the first applicant and her husband to a clinic in Ukraine had included remuneration to the surrogate mother for giving birth to the children, and for her consenting to the first applicant and her husband being the legal parents of the children, including adopting the children. Thus, the Supreme Court found that the adoption was contrary to section 15 of the Adoption Act¹⁰.

6. The Supreme Court then conducted a very detailed analysis on whether the refusal of the application for stepchild adoption conflicted with Article 8 of the Convention. It held that the National Social Appeals Board's refusal of the application for an adoption to the first applicant had to be deemed to be an interference with the second and third applicant's rights under Article 8 para. 1 of the Convention. It followed from Article 8 para. 2 that such interference was not justified unless it was in accordance with the law and was necessary in a democratic society in the interests of, *inter alia*, the protection of the rights and freedoms of others. Referring, *inter alia*, to *Mennesson v. France* and the *Advisory opinion*, the Supreme Court considered that the *Advisory opinion* had to be interpreted to mean that it applied, *inter alia*, to such cases of paid surrogacy as mentioned in section 15 of the Adoption Act. However, the first sentence of section 15 of the Adoption Act did not allow for any assessment of the best interests of the child to be made as the provision unconditionally prohibited the grant of an adoption in cases where any payments had been made. As section 15 of the Adoption Act contained an absolute ban, the Supreme Court concluded that the legislative authorities needed to review section 15 of the Adoption Act, and that until an amendment of section 15 had entered into force, the authorities should in all cases involving that provision carry out an individual assessment of whether refusing an application for adoption would be contrary to Article 8 of the Convention¹¹.

7. The Supreme Court went on to note that it followed from the *Advisory opinion* that when determining whether to recognise the legal relationship between a child born through a surrogacy arrangement and the intended mother, for example through adoption, regard should be had to what was best for the child, and that the best interests of that child were paramount. As the *Advisory opinion* was given on the basis of the *Mennesson v. France* case, in which the surrogate mother had not been remunerated, there was some doubt about how the interests of the individual children affected in concrete cases should be weighed against the interests underlying section 15 of the Adoption Act, namely the interest to discourage commercial surrogacy arrangements and to protect children against being turned into a commodity, and the interest in countering the exploitation of vulnerable women in commercial surrogacy arrangements. The Supreme Court acknowledged that the second and third applicants, who had lived with the first applicant all their lives, had a vital interest in her adopting them in order for their identity as her children to be legally recognised. On the other hand, there were the interests of general deterrence

⁸ Section 15 of the Adoption Act reads as follows: "Adoption cannot be granted if any of the persons required to consent to the adoption pay or receive remuneration or any other kind of consideration whatsoever, including compensation for loss of earnings. The Family Law Agency (formerly the State Administration) may require from any person having knowledge of the circumstances that he or she provides all information necessary to clarify whether remuneration, and so on, as mentioned in the first sentence has been paid or received ...". See *K.K. and Others v. Denmark*, cit., para. 18.

⁹ *Ibid.*, paras. 9-13.

¹⁰ *Ibid.*, paras. 14-15.

¹¹ *Ibid.*, para. 15.

safeguarded by the prohibition against adoption in section 15 of the Adoption Act. At the same time, the Supreme Court observed that the first applicant's own interests in obtaining recognition of the legal relationship between her and the children through adoption could be given no particular weight as this would be equal to legalising the situation that she had created by making a payment for a consent to adoption contrary to section 15 of the Adoption Act. There was nothing to suggest that it would have a significant impact on the private life of the second and third applicants if the first applicant was not granted an adoption. The children had obtained Danish nationality at birth and they were therefore entitled to reside in Denmark. The first applicant's shared custody further implied that she had a duty to care for the children and that, in the event of legal separation or divorce or the death of the genetic father, she would be able to retain custody under the general rules of the Parental Responsibility Act. Moreover, the first applicant would be able to make provision for the children in her will under the rules of the Inheritance Act, and for inheritance tax purposes the children would be in the same position as if they were her children. Based on an overall assessment, the majority of the Supreme Court (four judges) found that the interests of the second and third applicants in being adopted by the first applicant did not imply that the refusal of the first applicant's application for an adoption should be deemed to constitute a violation of Article 8 of the Convention and it refused to grant the adoption¹².

8. The minority of the Supreme Court (three judges) disagreed. They noted that the Court had held in its *Advisory opinion* that the general and absolute impossibility of obtaining recognition of the relationship between a child born through a surrogacy arrangement entered into abroad and the intended mother was incompatible with the child's best interests and that the best interests of the child required that each situation be examined in the light of the particular circumstances of the case. They held that the best interests of the child should be weighed against the interests underlying section 15 of the Adoption Act, including the interests in preventing commercial surrogacy agreements and the implementation of any agreements on commercial surrogacy. In the present case, the children had lived with the first applicant and her husband, who was their genetic father, since they were born in December 2013. The children considered them both to be their parents, and in 2018, the State Administration had granted the father and the first applicant their joint custody. The minority considered that it would be best for the second and third applicants to be adopted by the first applicant to the effect that they obtained the same legal relationship with her as they had with their father. The interests in preventing the implementation of agreements on commercial surrogacy arrangements were not particularly weighty in the present case where the children had lived with the first applicant and the father for almost seven years, and where the father had been recognised for the whole time as the lawful father and holder of custody of the children. The agreement on the surrogacy arrangement had thus been fully performed for his part. In these circumstances, the fact that the first applicant and the father once remunerated the Ukrainian surrogate mother could not, in the minority's opinion, result in the children being barred from obtaining recognition that the person whom they had regarded as their mother for their entire life was also their mother from a legal point of view. Against this background, the minority found that the children's right to respect for their private life under Article 8 of the Convention implied that the relationship between the children and the first applicant had to be legally recognised, and that for such recognition it did not suffice that she had shared custody.¹³

III. The Court's judgment

9. The applicants complained before the Court that the Supreme Court's judgment of 16 November 2020 amounted to an infringement of their right to respect for private and family life as guaranteed by Article 8 of the Convention.

¹² Ibid., para. 15.

¹³ Ibid., para. 17.

10. The Court noted that it was not in dispute between the parties that the refusal to let the first applicant adopt the second and third applicants amounted to an interference in the applicants' right to respect for their family and private life, that the interference was in accordance with the law, namely section 15 of the Adoption Act, and that it pursued the legitimate aim of protecting the rights and freedom of others. The Court held that it had no reason to hold otherwise. In order to determine whether the interference in question was "necessary in a democratic society", the Court considered that a distinction had to be drawn between the applicants' right to respect for their family life and their right to respect for their private life¹⁴.

11. The Court thus first examined whether there was a violation of the applicants' right to respect for family life. It noted that the applicants had not pointed to any particular obstacles or practical difficulties in enjoying family life together on account of the refusal of the adoption. In the domestic proceedings, the courts had focused on the children's right to respect for their private life. It thus appeared that the Supreme Court had proceeded on the assumption that the applicants' right to respect for their family life, in so far as it had been affected, was outweighed by the public interests at stake. The Court saw no reason to hold otherwise. It noted that the applicants had lived together uninterruptedly since February 2014, when the twins were brought to Denmark. The children had immediately obtained Danish nationality because of their biological father. Lastly, on 22 March 2018 the authorities had approved the first applicant and her husband being given joint custody of the children. It did not therefore appear that the applicants had encountered any obstacles or practical difficulties in enjoying family life together on account of the refusal to let the first applicant adopt the second and third applicants. Having regard to the margin of appreciation afforded to the respondent State, the Court considered that the conclusions of the Danish courts, including that of the Supreme Court, struck a fair balance between the interests of the applicants and those of the State in so far as the applicants' right to respect for family life was concerned. There was thus no violation with regard to the applicants' right to respect for their family life under Article 8 of the Convention¹⁵.

12. The Court then went on to examine the private life aspect of Article 8. It first noted that the Danish Supreme Court had found that section 15 of the Adoption Act needed to be amended, and that until an amendment had entered into force, the authorities should in all cases involving the provision in question carry out an individual assessment of whether refusing an application for adoption would be contrary to Article 8 of the Convention. As interpreted by the Supreme Court – and subsequently followed by the relevant public authorities – section 15 thus now allowed stepchild adoption of children born through a surrogacy agreement if the adoption was in the best interests of the child and a refusal would contravene Article 8 of the Convention. The Court noted that the Supreme Court had carried out its assessment on the basis of those premises, assessing also the individual circumstances of the persons involved. It further noted that the Supreme Court had been unanimous in finding that it would be in the children's interest to be adopted by the first applicant in order for their identity as her children to be legally recognised but, having regard to the various specific cumulative solutions provided for by Danish law, the majority finally found that nothing suggested that it would have a significant impact on the private life of the children if the first applicant was not granted adoption¹⁶.

13. The Court recalled that, in its *Advisory opinion*, it had found that the child's right to respect for private life within the meaning of Article 8 of the Convention did not require a specific form of legal recognition such as entry in the register of births, marriages and deaths or the details of the birth certificate legally established abroad but that "another means", such as adoption of the child by the intended mother, could be used provided that the procedure laid down by domestic law ensured that it could be implemented promptly and effectively, in accordance with the child's best interests. The question the-

¹⁴ Ibid., paras. 42-43 and 48.

¹⁵ Ibid., paras. 49-51.

¹⁶ Ibid., paras. 24, 56 and 62.

refore arose, which other means – if not adoption of the child by the intended parent – could satisfy the requirement of legal recognition in the present case. The Court went on to examine its judgments and decisions adopted in this matter subsequent to the adoption of *Advisory opinion*¹⁷. As a result, the Court noted that, in those cases, it had adopted a holistic approach, taking into account not only the situation when the child was born or even when it considered the complaint, but also whether there was a possibility for subsequent legal recognition. In each case, the Court had determined, *in concreto*, the effect of the interference on the applicants' right to private life. However, it noted that none of the cases had concerned a refusal to adopt decided on by the authorities but it nevertheless appeared from the specific circumstances of the studied cases that "another means" could be putting the child into foster care with the intended mothers, or issuing a court order for the exercise of joint parental responsibility, or jointly recognising a child who had a legal parent-child relationship only with the woman who had given birth¹⁸.

14. Concerning the case at stake, the Court noted that Danish law provided for various legal possibilities, such as the possibility for the first applicant to retain custody in the event of legal separation, divorce or the death of the biological father, and possibility to make provision for the children in her will. The fact still remained that, besides adoption, domestic law did not provide for other possibilities of recognition of a legal parent-child relationship with the intended mother. Accordingly, when the applicants had been refused adoption, they had *de facto* been refused being recognised as having a legal parent-child relationship. For the Court, such lack of recognition *per se* had a negative impact on the children's right to respect for their private life, in particular because it placed them in a position of legal uncertainty regarding their identity within society. In terms of inheritance, it was also clear that although the first applicant could make a will to that effect, the children would not be her heirs by virtue of a legal parent-child relationship, unlike the situation for other children in Denmark. The Court further noted that the children had lived with the first applicant and their biological father since they had arrived in Denmark in February 2014 and that they had thus for a significant time considered them both to be their parents. It was clearly in their best interest to obtain the same legal relationship with the first applicant as they had with their father. Furthermore, there were no opposing parental interests between the first applicant and the biological father of the children, nor were there any other persons claiming parentage. The majority of the Court was therefore not convinced that, in the particular circumstances of the present case, the cumulative solutions provided for by Danish law had such an impact on the private life of the children that they could make up for the refusal to let them be adopted by the first applicant. The majority was not satisfied that the Danish authorities, when refusing to let the second and third applicants be adopted by the first applicant, struck a fair balance between, on the one hand, the specific children's interest in obtaining a legal parent-child relationship with the intended mother, and, on the other, the rights of others, namely those who, in general and the abstract, risked being negatively affected by commercial surrogacy arrangement. The majority thus concluded that there had been a violation of Article 8 of the Convention in respect of the second and third applicants' right to respect for their private life¹⁹.

IV. Analysis

15. Surrogacy arrangements are often examined under both the private life and the family life aspects of Article 8 of the Convention and this case makes no exception. The applicants invoked both the private life and the family life aspects and the Court thus naturally examined them both. Considering the nature of the problem raised, it is clear that the emphasis on the Court's examination was less on the family life aspect and more on the private life aspect. Also, the Court was unanimous as to the outcome

¹⁷ Ibid., paras. 63-69. These judgments and decisions were the following: *Valdís Fjölnisdóttir and Others v. Iceland*, cit.; ECtHR, 24 March 2022, *A.M. v. Norway*, no. 30254/18; ECtHR, 24 March 2022, *C.E. and Others v. France*, nos. 29775/18+; ECtHR, 31 May 2022, *H. v. the United Kingdom* (dec.), no. 32185/20.

¹⁸ *K.K. and Others v. Denmark*, cit., para. 70.

¹⁹ Ibid., paras. 71-77.

concerning the family life aspect while being rather split as concerned, in particular, the private life aspect of the children.

1. Family life

16. In order to examine the applicability of Article 8 of the Convention under its family life aspect, there must exist some family life. The existence of family life is mainly a question of fact and depends on whether persons have close personal ties to each other in reality and in practice²⁰. In general, where family life is not found to exist, Article 8 may still be applicable under its private life head²¹.

17. In surrogacy cases, the Court has in some cases found no existence of family life. In *Paradiso and Campanelli v. Italy*, the applicant couple had – trying to circumvent the ban on surrogacy and the rules of international adoption – brought a child born in Russia through a surrogacy arrangement to Italy and had tried to register the child as their own child. The Court considered that there had been no *de facto* family life between the couple and the child because the couple had acted in violation of Italian law, there was no biological connection at all between the couple and the child, and their life together had lasted for a relatively short period of time²².

18. A similar situation but with a different outcome was at stake in *Mennesson v. France*, which also concerned a couple that had acquired twin girls much in the same way as the couple in *Paradiso*, namely through surrogacy in California and in violation of French law. Contrary to the situation in *Paradiso*, the girls had been conceived with the husband's sperm and he was registered in France as their father while the wife could not be registered as the children's mother. It seems that, for the Court, the existence of family life between the applicants was so evident in this case that the Court did not even touch upon this issue. Instead, it directly concluded that it was not in dispute between the parties that the refusal of the French authorities to legally recognise the family tie between the applicants amounted to an "interference" in their right to respect for their family life²³.

19. The case *K.K. and Others v. Denmark* clearly follows the example set in *Mennesson v. France*. The Court did not touch upon the issue whether there was family life between the applicants but it noted straight away that it was not in dispute between the parties that the refusal to let the first applicant adopt the second and third applicants amounted to an interference in the applicants' right to respect for their family life²⁴. The concept of family life is very broad covering not only families living together and benefitting from a legal recognition of family life through institutions such as marriage, but also covering other forms of relationships and cohabitation. Therefore, there is often no legal obstacles for families to lead family life even in the absence of the legal recognition, such as adoption in the present case²⁵. Moreover, the Court rightly stressed that the family had lived together uninterruptedly for more than seven years, the first applicant and her husband had been given joint custody of the children, and they had not reported any particular problems. Against this background, it seems thus quite obvious that the Court unanimously found no violation of Article 8 of the Convention with regard to the applicants' right to respect for their family life²⁶.

²⁰ ECtHR, 12 July 2001, *K. and T. v. Finland*, no. 25702/94, para. 150; ECtHR, 1 June 2004, *L. v. the Netherlands*, no. 45582/99, para. 36. See also P. HIRVELÄ/S. HEIKKILÄ, *Right to Respect for Private and Family Life, Home and Correspondence – A Practical Guide to the Article 8 Case-Law of the European Court of Human Rights*, Cambridge/Antwerp/Chicago, Intersentia, 2022, p. 191.

²¹ *Paradiso and Campanelli v. Italy*, cit., para. 165; ECtHR, 17 April 2018, *Lazoriva v. Ukraine*, no. 6878/14, paras. 61 and 66.

²² *Paradiso and Campanelli v. Italy*, cit., paras. 140-141 and 157, 24 January 2017.

²³ *Mennesson v. France*, cit., para. 48.

²⁴ *K.K. and Others v. Denmark*, cit., para. 42.

²⁵ P. HIRVELÄ/S. HEIKKILÄ, *Right to Respect*, cit., p. 192.

²⁶ *K.K. and Others v. Denmark*, cit., paras. 49-51.

2. Private life

20. As concerned the first applicant's right to respect for her private life²⁷, which was curiously ignored by the Danish Supreme Court, the Court found unanimously no violation of Article 8²⁸.

21. The most interesting part of this judgment is the private life aspect of the children. This is also that part of the judgment where the Court was very divided. The narrowest possible majority of four judges found that there had been a violation of Article 8 of the Convention with regard to the second and third applicants' right to respect for their private life while the three dissenting judges Kjølbro, Koskelo and Yüksel would not have found a violation.

22. The Court first addressed the issue of margin of appreciation in its judgment by referring extensively to its case-law adopted in the two above-mentioned cases *Mennesson v. France* and *Paradiso and Campanelli v. Italy*. It appears that when these two cases were adjudicated by the Court in 2014 and 2017 respectively, there was no consensus in Europe on the lawfulness of surrogacy arrangements or the legal recognition of the relationship between intended parents and children thus conceived abroad. According to a comparative-law survey conducted by the Court at that time, surrogacy was expressly prohibited in fourteen of the thirty-five member States of the Council of Europe studied. In ten of these it was either prohibited under general provisions or not tolerated, or the question of its lawfulness was uncertain. However, it was expressly authorised in seven member States and appeared to be tolerated in four others. In thirteen of these thirty-five States it was possible to obtain legal recognition of the parent-child relationship between the intended parents and the children conceived through a surrogacy agreement legally performed abroad. This also appeared to be possible in eleven other States but excluded in the eleven remaining States²⁹.

23. The Court paid attention to the fact that, in the *Mennesson* case, the lack of European consensus confirmed that, in principle, the States had to be afforded a wide margin of appreciation, *inter alia*, when deciding whether or not to recognise a legal parent-child relationship in surrogacy cases³⁰. However, on the other hand, it noted that regard should also be had to the fact that an essential aspect of the identity of individuals was at stake where the legal parent-child relationship was concerned and that the margin of appreciation afforded to the respondent State would therefore need to be reduced³¹. Moreover, the Court referred to its recent finding in *C.E. and Others v. France*³² that two factors carried particular weight, namely the primary interests of the child, and the consequently reduced margin of appreciation of the State³³. The dissenting judges agreed that the margin of appreciation should be reduced in circumstances where the requirement to protect the best interests of a child was at stake but, in their opinion, the majority in the present context had taken this approach so far as to practically eliminate altogether, in substance, the margin of appreciation available to the Contracting States³⁴. They even considered that the approach taken by the majority, based on the idea that only the maximum achievement of the child's best interests was good enough and that no other considerations could matter, appeared to them to come very close to acknowledging that there was a "right to a child" through commercial surrogacy³⁵.

24. In its assessment concerning the second and third applicants' right to respect for their private life, the Court focused on the reasoning by the Danish Supreme Court which had explicitly assessed

²⁷ Namely her right to personal development through her relationship with the children, and her interest in continuing that relationship with them.

²⁸ *K.K. and Others v. Denmark*, cit., para. 55.

²⁹ *Ibid.*, para. 52, quoting paragraph 78 of the *Mennesson* judgment.

³⁰ *Ibid.*, para. 52, quoting paragraph 79 of the *Mennesson* judgment.

³¹ *Ibid.*, para. 52, quoting paragraphs 79-80 of the *Mennesson* judgment.

³² *C.E. and Others v. France*, cit., para. 100.

³³ *K.K. and Others v. Denmark*, cit., para. 53.

³⁴ *Ibid.*, para. 88.

³⁵ *Ibid.*, para. 105.

whether the decision to refuse the adoption was in compliance with Article 8 of the Convention. The majority of the Court does not seem to criticise in any way the analysis made by the Supreme Court but it still reaches a different conclusion than the domestic court. The minority of the composition pointed rightly out that it was a well-established principle of the Court that where the domestic authorities had “carefully examined the facts, applied the relevant human rights standards consistently with the Convention and its case-law, and adequately balanced the individual interests against the public interest in a case, the Court would require strong reasons to substitute its view for that of the domestic courts”³⁶. In the minority’s view, the majority had not shown sufficiently strong reasons for the Court to substitute its view for that of the domestic authorities.³⁷ Nor was the time taken by the domestic authorities to resolve the matter alone a sufficient ground for finding a violation of Article 8³⁸. It is easy to agree with these views. Had there been no strong reasons for the Court to substitute its view for that of the domestic authorities, also the margin of appreciation left to the respondent State would have naturally been wider.

25. The Court rightly accepted that the prohibition on adoption under section 15 of the Adoption Act had the legitimate aim of seeking to avoid commercial exploitation of surrogate mothers and to reduce the risk of children being turned into a commodity. This is clearly so, especially in cases raising sensitive moral or ethical issues, like in the present case. The Court further noted that the Danish Supreme Court had been unanimous in finding that it would be in the children’s interest to be adopted by the first applicant in order for their identity as her children to be legally recognised. Despite this, the majority of the Supreme Court composition nevertheless found “nothing to suggest that it would have a significant impact on the private life of the children if the first applicant was not granted adoption” since various specific cumulative solutions had already been provided for by Danish law. The Court recalled that in its *Advisory opinion*, it had found that the child’s right to respect for private life within the meaning of Article 8 of the Convention did not require a specific form of legal recognition such as entry in the register of births, marriages and deaths or the details of the birth certificate legally established abroad but that “another means, such as adoption of the child by the intended mother, [might] be used provided that the procedure laid down by domestic law ensure[d] that it [could] be implemented promptly and effectively, in accordance with the child’s best interests.” The Court then legitimately asked the question which other means – if not adoption of the child by the intended parent – could satisfy the requirement of legal recognition in the present case³⁹.

26. In order to find an answer to this question, the Court turned to its case-law adopted in the same matter subsequent to the *Advisory opinion*. In *Valdis Fjölnisdóttir and Others v. Iceland*⁴⁰, the solution was to place the child immediately in foster care with the intended mothers and to give him Icelandic citizenship. Even when the intended mothers had divorced, the child was put alternately into foster care with each of the intended mothers, while guaranteeing equal access to the other. Moreover, the intended mothers could still apply to adopt the child either as individuals or together with their new spouses⁴¹. In *C.E. and Others v. France*⁴², the other means was the possibility for the former partner to

³⁶ See ECtHR, 7 February 2012, *Axel Springer AG v. Germany*, no. 39954/08, para. 88; ECtHR, 7 February 2012, *Von Hannover v. Germany* (no. 2), nos. 40660/08+, para. 107; ECtHR, 23 October 2018, *Levakovic v. Denmark*, no. 7841/14, para. 45; ECtHR, 9 July 2021, *M.A. v. Denmark*, no. 6697/18, para. 149.

³⁷ *K.K. and Others v. Denmark*, cit., para. 100.

³⁸ *Ibid.*, para. 104.

³⁹ *Ibid.*, paras. 54, 60 and 62-64.

⁴⁰ *Valdis Fjölnisdóttir and Others v. Iceland*, cit.. The case concerned a married couple, two women, who engaged the paid services of a surrogacy agency in the United States. The child was not biologically related to any of the intended mothers. Upon their return to Iceland, the authorities refused to register the intended mothers as the parents of the child.

⁴¹ *K.K. and Others v. Denmark*, cit., para. 66.

⁴² *C.E. and Others v. France*, cit. The joint case concerned two cases. The first related to the rejection by the domestic courts of an application for full adoption of a child, made by the biological mother’s former partner. The second concerned the domestic courts’ refusal to issue a document attesting to a matter of common knowledge (*acte de notoriété*) recognising a legal parent-child relationship, on the basis of *de facto* enjoyment of status (*possession d’état*), between a child and the biological mother’s former partner.

exercise certain rights and duties associated with parenthood, and the possibility for the other woman who had not given birth, of jointly recognising a child who had a legal parent-child relationship only with the woman who had given birth. The Court noted that both these solutions amounted to a degree of legal recognition of the relationship⁴³. In *H. v the United Kingdom*⁴⁴, where the applicant was the child, the Court observed that, to date, it had not held that the intended parents had to immediately and automatically be recognised as such in law. On the contrary, the child's best interests could include fundamental components other than the legal recognition of the intended parents, such as protection against the risks of abuse which surrogacy arrangements might have. However, it had not been necessary to consider whether there existed a possibility for the legal recognition of the intended parents, for example, through an application for parental responsibility, a child arrangements order or a parental order, since in that case that had not been the subject of the complaint⁴⁵.

27. It seems that this kind of comparative study was partly done in vain since the Court in the end concluded that, in fact, none of the cited cases concerned a refusal to adopt decided by domestic authorities, since adoption had not either been requested, such request had been withdrawn, or the granting of adoption depended on the consent of the biological parent.⁴⁶ Another striking element is that in all cited cases no violation was found, meaning that the different solutions amounting to some degree of legal recognition of the parent-child relationship in surrogacy cases were found to be acceptable by the Court.

28. Although the majority held in *K.K. and Others v. Denmark* that Danish law provided for various legal possibilities, for them the fact still remained that, besides adoption, domestic law did not provide for other possibilities of recognition of a legal parent-child relationship with the intended mother. They pointed out that the lack of legal parent-child relationship prevented the children from becoming heirs of the first applicant, that the children considered first applicant to be their parent, and that it was clearly in their best interest to obtain the same legal relationship with the first applicant as they had with their father. The majority thus considered that the cumulative solutions provided for by Danish law were not enough⁴⁷. For them, on the other side of the scale, were the facts that there were no opposing parental interests involved between the first applicant and the biological father of the children, nor were there any other persons claiming parentage. Moreover, the rights of others, namely those who, in general and the abstract, risked being negatively affected by commercial surrogacy arrangement did not weigh heavy enough to tip the balance for not allowing the adoption⁴⁸.

29. The minority found it difficult to accept that the rights provided under Danish law should be considered incapable of satisfying the requirements of "other means" of establishing a "legal parent-child relationship" as contemplated in the Court's *Advisory opinion* due to the fact, in particular, that parental responsibility for the children on the part of both intended parents had been legally established. In their view, the reference to "other means" should not be interpreted as narrowly as the majority had done in this case. The minority pointed out that, in another recent judgment of *D.B. and Others v. Switzerland*⁴⁹, the majority of another Chamber of the Court had found a violation of Article 8 in respect of

⁴³ *K.K. and Others v. Denmark*, cit., para. 68.

⁴⁴ *H. v the United Kingdom* (dec.), cit. The case concerned a child, H, born out of surrogacy. The arrangement had been entered into by a same sex couples A and B, with a married couple C and D. C had become pregnant using donated eggs, and sperm from both A and B. According to the birth certificate, and by virtue of the Human Fertilisation and Embryology Act, C and D were H's parents. By a court order, they all had parental responsibility, and by a child arrangements order, H were to live with A and B, and C and D should have regular contact. A and B did not seek a parental order as C and D did not consent. H complained that the recording of D, rather than A, as her father on her birth certificate, breached her right to respect for private life.

⁴⁵ *K.K. and Others v. Denmark*, cit., para. 69.

⁴⁶ *Ibid.*, para. 70.

⁴⁷ *Ibid.*, paras. 71-75.

⁴⁸ *Ibid.*, paras. 74 and 76.

⁴⁹ See ECtHR, 22 November 2022, *D.B. and Others v. Switzerland*, nos. 58817/15+.

a child born through surrogacy abroad in circumstances where, unlike in the present case, the intended non-biological parent was without parental responsibility for the child during the period concerned⁵⁰.

30. Overall, the minority considered it problematic that the narrowest possible majority of the composition had effectively dictated the policy of the Contracting States in a highly sensitive matter, which hardly was an optimal situation. They stressed that the current state of the Court's case-law in this field would be a source of considerable legal uncertainty, unless and until the Grand Chamber seized the opportunity to create greater clarity. The approach taken was also bound to have further implications in other types of situations arising in variable family constellations⁵¹.

V. Concluding remarks

31. It is true that the case *K.K. and Others v. Denmark* marks a deviation from the clear case-law established by the cases cited by the Court in the present case. It seems to me that the various legal possibilities Danish law provided for the applicants to protect their right to respect for private life were not in any way less than for example those in cases *Valdis Fjölfnisdóttir and Others v. Iceland* and *C.E. and Others v. France* where no violation was found but were actually more than in *D.B. and Others v. Switzerland* where a violation was found. Moreover, several similar cases have been decided by different sections of the Court since the case *K.K. and Others v. Denmark* where no violation has been found.⁵² The Grand Chamber has not yet had an opportunity to create greater clarity in the matter⁵³. Maybe it is not even needed, since, in the light of the subsequent case-law in the matter, the violation found in case *K.K. and Others v. Denmark* seems to have been an isolated incident.

32. What comes to the execution of the judgment in *K.K. and Others v. Denmark*, it is interesting to note that the case has already been closed. Once the Chamber judgment had become final in 2023, the first applicant had applied for reopening of the adoption case and the authorities had accepted her request. The first applicant was subsequently granted the adoption of the applicant children. Moreover, on 1 January 2025, the amendments to the Children Act came into force. According to it, it is now possible to apply for establishment of parenthood for intended parents in Denmark based on a foreign surrogacy agreement. In order to establish parenthood, a number of conditions must be met, such as that the surrogate mother, at the time of concluding the surrogacy agreement, must have been residing abroad for at least the past six months. The legislative amendments to the Adoption Act also came into force on 1 January 2025. Those amendments removed the absolute ban on allowing stepchild adoption for intended parents in cases of children born through foreign commercial surrogacy agreements. There are now thus two routes available in Denmark (stepchild adoption and establishment of parenthood for (an) intended parent(s) under the amended legislation) to establish the same legal parent-child relationship as that of children and parents with a biological link. Despite the short period of time that has elapsed since the legislative amendments came into force, the Committee of Ministers estimated that it was already clear from the administrative practice that children in situations similar to those of the applicants in the present case are benefitting from the legislative measures taken, thereby preventing potential new violations under Article 8 of the Convention from occurring⁵⁴.

⁵⁰ *K.K. and Others v. Denmark*, cit., para. 102.

⁵¹ *Ibid.*, paras. 107-108.

⁵² See, for example, ECtHR, 31 August 2023, *C. v. Italy*, no. 47196/21; ECtHR, 12 November 2024, *R.F. and Others v. Germany*, no. 46808/16; ECtHR, 9 October 2025, *X. v. Italy*, no. 42247/23. However, in some of these cases the option of adoption was available.

⁵³ HUDOC research done on 22 November 2025.

⁵⁴ H46-15 *K.K. and Others v. Denmark* (Application No. 25212/21), Supervision of the execution of the European Court's judgments, Final Resolution CM/ResDH(2025)140), adopted on 10 June 2025.

Matrimonios entre personas del mismo sexo y derecho internacional privado europeo: Trojan es el futuro

Same-sex marriages and european private international law: Trojan is the future

ISABEL LORENTE MARTÍNEZ

Profesora Titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Almería

Miembro de la Red Europa-España de Derecho internacional privado

ORCID ID: 0000-0002-8334-8760

Recibido: 19.01.2026 / Aceptado: 11.02.2026

DOI: 10.20318/cdt.2026.10310

Resumen: La sentencia Trojan del Tribunal de Justicia de la Unión Europea consolida la arquitectura del Derecho internacional privado de la Unión en materia de reconocimiento de situaciones personales transfronterizas. El Tribunal reafirma que una situación jurídica válidamente constituida en un Estado miembro debe producir efectos en los demás cuando de ello depende el ejercicio efectivo de la libre circulación. La respuesta se articula mediante el principio de mutuo reconocimiento y la aplicación directa de los derechos fundamentales consagrados en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. En particular, los artículos 7 y 21 garantizan la continuidad de la vida privada y familiar y la prohibición de discriminación por orientación sexual. El recurso al orden público internacional nacional queda notablemente atenuado, incluso, aplastado e inerte en favor de la estabilidad de las situaciones jurídicas creadas en un Estado miembro de la UE. El Tribunal introduce la idea de que una institución jurídica válidamente creada en un Estado miembro es como una antorcha encendida en un Estado miembro que ilumina automáticamente a todos los demás. Pertenecer al “club” de la Unión Europea implica aceptar que la libre circulación no se limita a personas, mercancías y servicios, sino que alcanza también a las instituciones jurídicas que estructuran el estatuto personal de los ciudadanos.

Palabras clave: matrimonio, libre circulación, Alemania, Polonia, reconocimiento, no discriminación, vida privada y familiar.

Abstract: The Court of Justice of the European Union’s Trojan judgment consolidates the architecture of EU private international law regarding the recognition of cross-border personal statuses. The Court reaffirms that a legal status validly established in one Member State must produce effects in others when the effective exercise of free movement depends on it. The response is articulated through the principle of mutual recognition and the direct application of fundamental rights enshrined in the EU Charter of Fundamental Rights. In particular, Articles 7 and 21 guarantee the continuity of private and family life and the prohibition of discrimination based on sexual orientation. Recourse to national public policy (ordre public) is notably weakened—even crushed and rendered inert—in favor of the stability of legal statuses created in an EU Member State. The Court introduces the idea that a legal institution validly created in one Member State is like a lit torch in one State that automatically illuminates all others. Belonging to the EU ‘club’ implies accepting that free movement is not limited to people, goods, and services, but also extends to the legal institutions that structure the personal status of citizens.

Keywords: marriage, Free movement, Germany, Poland, Recognition, Non-discrimination, private and family life.

Sumario: I. Los datos del caso: efectos legales en Polonia de un matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en Alemania. II. El largo camino hacia Trojan. III. La validez y los efectos del matrimonio en la Unión Europea: los tres argumentos utilizados por el TJUE. 1. Primer mecanismo: libertad de circulación y residencia de los ciudadanos de la UE. 2. Segundo mecanismo: el derecho al respeto de la vida privada y familiar. 3. Tercer mecanismo: prohibición de toda discriminación, en particular, la basada en la orientación sexual. IV. El nuevo sistema de circulación europea de las situaciones jurídicas legalmente creadas un Estado miembro. 1. La norma de conflicto del Estado miembro de origen. 2. La obligación del Estado miembro de destino de reconocer la situación. 3. La aniquilación del orden público internacional en el Derecho internacional privado de la UE. V. Conclusiones.

I. Los datos del caso: efectos legales en Polonia de un matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en Alemania¹

1. Este trabajo analiza la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 noviembre 2025, asunto C713/23², en adelante “caso Trojan”³. Los datos de hecho son los siguientes: Jakub Cupriak-Trojan y Mateusz Trojan, son dos ciudadanos polacos varones que contrajeron matrimonio entre ellos en Berlín, Alemania, en 2018. El Derecho alemán permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, como también lo hacen las legislaciones de doce Estados miembros de la Unión Europea. A su regreso a Polonia, los Srs. Trojan solicitaron a las autoridades polacas que reconocieran y transcribieran su matrimonio en el registro civil polaco. Las autoridades polacas denegaron la transcripción ya que argumentaban que en el Derecho polaco este tipo de matrimonio no se considera matrimonio, en Derecho polaco es un matrimonio inexistente. El artículo 18 de la Constitución de la República de Polonia de 1997 establece que: “*el matrimonio, como unión entre un hombre y una mujer, la familia, la maternidad y la paternidad, estarán bajo la protección y el cuidado de la República de Polonia*”⁴.

¹ Este trabajo se realiza en el marco de:

(1) Grupo Accursio: investigación, docencia y práctica del Derecho internacional privado (www.accursio.com / www.facebook.com/accursioDIP), dirigido por: J. CARRASCOSA GONZÁLEZ.

(2) Proyecto de generación de conocimiento 2021 modalidad investigación orientada tipo B (PID2021-124298OB-I00), Investigadores principales: J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/ E. CASTELLANOS RUIZ: “Derecho global y crisis sanitarias: hacia una convención mundial contra las pandemias”, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación en el marco del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023 (Orden CNU/320/2019, de 13 de marzo, Programa Estatal de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+i y del Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020).

(3) Grupo de Innovación Docente GID 22 “Ciencia jurídica aplicada y docencia creativa” de la Universidad de Murcia. Coordinador: Javier Carrascosa. GGID 22: Número 29073 CIENCIA JURÍDICA APLICADA Y DOCENCIA CREATIVA Fec. Inicio 1/01/2017 Fec. Fin 31/12/2030 Responsable J. CARRASCOSA GONZÁLEZ Núm. GINVEST 22 Tipo GINVEST INNOVAGID

(4) Grupo de investigación de la Universidad de Murcia E070-05 “Derecho internacional privado europeo” (IP Javier Carrascosa). Número 31005 Nombre DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO Fec. Inicio 18/10/2018 Fec. Fin Responsable J. CARRASCOSA GONZÁLEZ Núm. GINVEST 868 Tipo GINVEST GRINVEST

(5) “Red Europa-España de Derecho internacional privado”, (coordinador: J. CARRASCOSA GONZÁLEZ). <http://www.redespañaeuropa.es/>

(6) Grupo de investigación y reflexión cultural “Lex Artis” (coordinador: J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).

² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 noviembre 2025, asunto C 713/23, ECLI:EU:C:2025:917.

³ Sobre el caso Trojan se han escrito ya algunos comentarios. *Vid.* por ejemplo: <https://eapil.org/2025/12/08/cupriak-trojan-introduction-to-the-on-line-symposium/> <https://eapil.org/2025/12/09/cupriak-trojan-a-first-reading-from-a-private-international-law-perspective/>

<https://eapil.org/2025/12/09/cross-border-recognition-of-same-sex-marriages-in-the-eu-full-recognition-or-mere-effects/>

<https://eapil.org/2025/12/10/remembering-obergefell-in-the-wake-of-cupriak-trojan/>

<https://eapil.org/2025/12/11/cupriak-trojan-some-comments-from-poland/>

<https://eapil.org/2025/12/12/the-impact-of-cupriak-trojan-on-the-commission-lgbtiq-equality-strategy-2026-2030/>

<https://www.fundacionmgimenezabad.es/observatorio-de-jurisprudencia-octubre-noviembre>.

⁴ La Constitución de la República de Polonia de 2 abril 1997 se puede consultar traducida en el siguiente enlace: https://www.constituteproject.org/constitution/Poland_2009?lang=es (consultado a 23 de diciembre de 2025).

2. La posición “alemana” y la de los Srs. Trojan es clara. El matrimonio fue celebrado en Alemania conforme a la legislación alemana. En Alemania se aplicaron las normas materiales de Derecho alemán y de Derecho internacional privado. La situación jurídica quedó plenamente constituida, forjada y establecida en Alemania, formaba parte del estatuto personal y familiar de los Srs. Trojan. Y lo que pretenden es que tenga continuidad en Polonia. Sostienen que, si en Polonia no se les permite transcribir su matrimonio válidamente celebrado en Alemania se vulneraría su derecho a la libre circulación como ciudadanos europeos, así como su derecho al respeto de la vida privada y familiar. Los Srs. Trojan no solicitan la creación de una nueva institución jurídica en Polonia, sino que lo que solicitan es que se les reconozca esa situación válida y legalmente creada en Alemania.

3. Las autoridades polacas mantenían que no transcribirían en el registro civil de Polonia el matrimonio celebrado por los Srs. Trojan en Alemania. Y fundamenta su negativa basándose en su Derecho interno, que no permite la celebración de un matrimonio entre personas del mismo sexo. Según las autoridades polacas, la transcripción del certificado matrimonial sería incompatible con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico y con su concepción constitucional del matrimonio. Asimismo, las autoridades polacas sostienen que el Derecho de la Unión no impone la obligación de reconocer matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en otros Estados miembros, y que la organización del estado civil y del derecho de familia sigue siendo competencia nacional. Desde esta perspectiva, la inscripción registral no sería un mero acto técnico, sino un reconocimiento sustantivo de una institución inexistente en el Derecho polaco.

4. Atención: ¡spoiler! El Tribunal de Justicia de la Unión Europea rechaza la posición polaca y afirma que la negativa de Polonia a transcribir el matrimonio en el registro civil polaco vulnera el Derecho de la Unión Europea. El TJUE no duda en tomar todas las armas posibles para defender esta posición. La posición del TJUE puede exponerse del siguiente modo.

5. El TJUE subraya la importante cuestión que, aunque los Estados miembros conservan competencia legislativa en materia de Derecho de familia que no han sido cedidas al legislador de la UE, dicha competencia legislativa debe siempre ejercerse con fiel respeto del Derecho de la Unión Europea. En concreto y en particular el derecho de la libertad de circulación de los ciudadanos europeos (previsto en el artículo 21 TFUE).

6. El TJUE sostiene y reivindica en esta sentencia lo siguiente: que una situación jurídica válidamente creada en un Estado miembro debe producir efectos en los demás Estados miembros cuando de ello depende el ejercicio efectivo de los derechos derivados de la ciudadanía de la Unión Europea. Por lo tanto, expone en esta sentencia que la negativa polaca constituye una restricción injustificada a la libre circulación.

7. El TJUE fundamenta su decisión en dos importantes instrumentos legales: en los artículos 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se garantiza el respeto a la vida privada y familiar y la prohibición de discriminación por orientación sexual. El recurso al orden público internacional de un Estado miembro (Polonia) queda exánime, aniquilado por los principios contenidos en los artículos precitados.

8. Finalmente, el TJUE afirma algo más y es que las normas registrales nacionales, en este caso las normas polacas, aunque formen parte de la *lex fori*, no pueden vaciar de contenido los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión Europea. Son normas ancilares. En consecuencia, las autoridades polacas están obligadas a practicar la transcripción del certificado matrimonial en el registro civil de Polonia o, al menos, a garantizar los efectos jurídicos derivados del matrimonio celebrado en Alemania y que se pretende hacer efectivo en Polonia.

II. El largo camino hacia Trojan

9. Todo gran viaje comienza con un primer paso. En este caso, el punto de partida radica en la sentencia del TJUE dictada en 1979 (*Cassis de Dijon*)⁵. Se trata del reconocimiento mutuo de situaciones jurídicas válidamente constituidas en los Estados miembros (lo que la doctrina alemana conoce como *Anerkennungsprinzip*)⁶. Es esta una técnica propia del Derecho de la Unión Europea, que en, esencia, es una versión perfeccionada y sofisticada del método clásico del reconocimiento de situaciones jurídicas del Derecho internacional privado. Conforme a este enfoque, una situación jurídica creada mediante la intervención de una autoridad pública de un Estado miembro, y dotada de plena existencia y validez en dicho ordenamiento, debe reconocerse como tal en los demás Estados miembros⁷.

10. Una metáfora podría servir para explicar esta cuestión. Imagínese que la Unión Europea es

⁵ STJCE 20 febrero 1979, *Rewe Zentral AG / Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, 120/78, Rec., p. 649-122/78, *Cassis de Dijon* [ECLI:EU:C:1979:42].

⁶ Muy bien explicado en los mejores estudios sobre el tema, que son, sin duda, los de A.-L. CALVO CARAVACA, “Mutual recognition as a method in European private international law”, en C. VON BAR/O. KNOEFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (eds.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 101-115 y P. LAGARDE, “Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d’unification: quelques conjectures”, *RabelsZ*, 2004, pp. 225-243; P. LAGARDE, “Nota a STJCE 14 octubre 2008, *Grunkin-Paul*”, *Revue critique de droit international privé*, 2009, pp. 86-93. Puede verse, también, A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado crítico de Derecho internacional privado*, Edisofer, Madrid, 2024, pp. 161-165. El mutuo reconocimiento ha sido creado, usado y potenciado por el TJUE ante la pasividad del legislador europeo, ya que en sus normas no ofrecía una solución a estos casos que se planteaban. El TJUE ha dictado numerosas sentencias que emplean este mecanismo en el sector del nombre de las personas físicas (STJUE 8 junio 2017, C-541/15, *Freitag*; STJUE 2 junio 2016, C-438/14, *Bogendorff*, FD 67; STJUE 22 diciembre 2010, C-208/09, *Wittgenstein*, FD 86, STJUE 12 mayo 2011, C-391/09, *Vardyn*; STJUE 14 octubre 2008, *Grunkin-Paul*; STJCE 30 marzo 1993, *Konstantinidis*; STJCE 2 octubre 2003, *García Avello*), así como en relación con la constitución de sociedades (STJCE 27 septiembre 1988, 81/87, *Daily Mail*; STJCE 9 marzo 1999, C-212/97, *Centros*; STJCE 30 septiembre 2003, C-167/01, *Inspire Art*; STCE 5 noviembre 2002, C-208/00, *Überseering*; STJCE 16 diciembre 2008, C-210/06, *Cartesio*; STJUE 12 julio 2012, C378/10, *VALE Épitési*; STJCE 12 septiembre 2006, C196/04, *Cadbury Schweppes*; STJUE 25 octubre 2017, C-106/16, *Polbud*).

⁷ Los estudios sobre este método son incontables. Una perspectiva correcta puede extraerse de M. AUDIT, “Régulation du marché intérieur et libre circulation des lois”, *Journal de droit international Clunet*, 2006, pp. 1333-1369; L. D’AVOUT, “État civil constitué à l’étranger et méthode communautaire de reconnaissance”, *Journal de droit international Clunet*, 2009, pp. 203-216; S. BOLLÉE, “L’extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale”, *Revue critique de droit international privé*, 2007, pp. 307-355; D. COESTER-WALTJEN, “Das Anerkennungsprinzip im Dornröschenschlaf”, en *Festschrift Erik Jayme*, vol. I, Munich, 2004, pp. 121-132; A. DAVI, “Il riconoscimento delle situazioni giuridiche costituite all’estero nella prospettiva di una riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato”, *Rivista di Diritto internazionale*, 2019, vol. 102, pp. 319-419; A. DURÁN AYAGO, *Derechos humanos y método de reconocimiento de situaciones jurídicas: Hacia la libre circulación de personas y familias. Perspectiva internacional y europea*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023; K. FRIEDEMANN, “Gegenseitiges Vertrauen, gegenseitige Anerkennung und Rechtsstaatlichkeit”, *EuR*, 2024, 2, pp. 7-50; A. FILLERS, “Implications of Article 81(1) TFEU’s recognition clause for EU conflict of laws rules”, *Journal of Private International Law*, 14, 3, 2018, pp. 476-499; H. FULCHIRON, «Le reconnaissance au service de la libre circulation des personnes et de leur statut familial dans l’espace européen», en *Les relations privées internationales: mélanges en l’honneur du professeur Bernard Audit*, LGDJ, lextenso editions Paris, 2014, pp. 359-281; S. FULLI-LEMAIRE, *Le droit international privé de la famille à l’épreuve de l’impératif de reconnaissance des situations*, Paris, LGDJ, 2022; K. FUNKEN, *Das Anerkennungsprinzip im internationalen Privatrecht: Perspektiven eines europäischen Anerkennungskollisionsrechts für Statusfragen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009; M. GARDEÑES SANTIAGO, “El método de reconocimiento desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado Europeo y Español”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, 2017, pp. 379-424; G. GOLDSTEIN / H. MUIR WATT, “La méthode de la reconnaissance à la lueur de la Convention de Munich du 5 septembre 2007 sur la reconnaissance des partenariats enregistrés”, *Journal de droit international Clunet*, 2010, pp. 1085-1125; S. GRUNDMANN, “Internal Market Conflict of Laws from Traditional Conflict of Laws to an Integrated Two Level Order”, en *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, pp. 5-25; E. JAYME / CH. KÖHLER, “Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?”, *IPRax*, 2001, pp. 501-512; E. JAYME, “Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con Stati terzi”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2006, pp. 353-360; P. MANKOWSKI, «Nun sag, wie hast Du’s mit dem Anerkennungsprinzip? – Im EU-Ausland „unrechtmäßig“ erlangte Namen als Prüfstein», *IPRax*, 2020, n.4 vol. 40, pp. 323-329; H.-P. MANSEL, “Methoden des internationalen Privatrechts: Personalstatut, Verweisung und Anerkennung”, en *Die Person im internationalen Privatrecht: Liber Amicorum Erik Jayme*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019, pp. 27-46; H. GAUDEMET-TALLON, “De l’utilité d’une unification du droit international privé de la famille dans l’Union Européenne”, *Estudos Magalhães Collaço*, vol. I, Almedina, Portugal, 2002, pp. 159-185; CH. PAMBOUKIS, “La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance”, *Revue critique de droit international privé*, 2008, pp. 513-560; H. MUIR-WATT, “La reconte dans l’espace de figures hybrides (variations autour du conflit international de décisions)”, *Revue générale des procédures*, 1998, pp. 291-311.

un gran apartamento de diseño moderno que cuenta con veintisiete habitaciones distintas. Esas habitaciones son los Estados miembros y las paredes que separan unas habitaciones de otras son de cristal. Esas paredes de cristal son totalmente transparentes. De ese modo, si en una habitación se enciende una bombilla, la luz de la misma no solo ilumina la estancia donde se enciende, sino que su luz llega al resto de estancias de modo casi instantáneo. Pues bien: la luz es la situación privada internacional creada en un Estado miembro: un matrimonio, un nombre dado a un niño, una pareja registrada, un cambio de sexo de una persona. No es un destello fugaz: es una luz estable, con vocación de permanecer en el tiempo y en el espacio. En el mismo instante en que la bombilla alumbra, su resplandor no se queda encerrado únicamente en la habitación que la vio nacer. Esa luz atraviesa los cristales e ilumina las 27 habitaciones del apartamento. Las paredes de cristal no la detienen. Así es, en el mundo *post-Trojan*, la Unión Europea: un apartamento de cristal que constituye un hogar compartido en el que la luz encendida en un Estado miembro ilumina toda la UE. Un apartamento donde una situación privada internacional creada válidamente en un Estado miembro se reconoce en los demás Estados miembros como existente y válida, de modo que puede decirse que esa situación privada internacional es válida en toda la Unión Europea desde que nace en un Estado miembro.

11. Este principio presenta como fundamento la confianza recíproca entre los Estados miembros. El reconocimiento mutuo se fundamenta en la regla general o presupuesto jurídico de que las autoridades de cada Estado miembro actúan de conformidad con el Derecho de la Unión Europea o Derecho nacional, porque el matrimonio se regula por las normas de los Estados miembros no por el Derecho europeo, lo que justifica que los demás Estados acepten sin reservas las situaciones jurídicas creadas en el Estado de origen. La noción de confianza en las autoridades de los Estados miembros que componen la UE no es ajena al Derecho internacional privado clásico, pero adquiere en el contexto de la Unión Europea una intensidad reforzada.

12. El Tribunal de Justicia de la entonces Comunidad Europea ya había recurrido a esta lógica para garantizar la efectividad de la libre circulación de mercancías en su conocida jurisprudencia *Cassis de Dijon* (STJCE de 20 de febrero de 1979, asunto 120/78, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*)⁸, al afirmar que un producto legalmente fabricado y comercializado en un Estado miembro debe poder acceder al mercado de otro, en la medida en que este último reconoce como suficientes las exigencias normativas del Estado de origen. Esta misma lógica de reconocimiento se proyecta hoy sobre las situaciones jurídicas personales en el espacio europeo de Justicia.

13. El mecanismo de reconocimiento mutuo en el Derecho de la Unión Europea se caracteriza porque excluye cualquier verificación relativa a dos puntos: en primer lugar, a la ley sustantiva aplicada; y en segundo lugar, a la competencia judicial internacional asumida por la autoridad del Estado miembro de origen. No se exige, por tanto, examinar los foros de competencia judicial internacional utilizados para declararse competente ni la normativa nacional o internacional concreta, ni a la ley estatal conforme a la cual se constituyó la situación privada internacional, por ejemplo, la que se ha aplicado para celebrar el matrimonio o inscribir con un nombre y apellidos.

14. Desde la perspectiva del Estado miembro de destino, resulta irrelevante determinar qué ley material fue finalmente aplicada, puesto que la autoridad de origen actuó en el marco de su propio sistema de Derecho internacional privado y aplicó la ley que consideró procedente conforme a este. En ese Estado miembro se encendió la luz de la bombilla que deberá brillar en el resto de los Estados miembros de la UE, como se exponía en la metáfora anterior.

15. Una vez creada la situación jurídica en tales condiciones, esta queda investida de una eficacia jurídica equiparable a un auténtico “título de circulación europea” o en palabras de la mejor doctrina en un “pasaporte legal de la UE”, lo que impone su aceptación como válida y existente en el conjunto del

⁸ STJCE 20 febrero 1979, C-122/78, *Cassis de Dijon* [ECLI:EU:C:1979:43].

espacio europeo de Justicia de la Unión Europea⁹. El método descansa, en realidad, sobre un conflicto entre sistemas de Derecho internacional privado, que se resuelve a favor del sistema del Estado miembro en el que la situación fue constituida, donde fue válida y legalmente creada. De este modo, el Derecho internacional privado del Estado de origen opera como una auténtica regla de conexión implícita propia del Derecho internacional privado de la Unión Europea, calificada por la doctrina como una *règle cachée du droit international privé européen* (K. FUNKEN)¹⁰.

16. Asimismo, carece de relevancia que la situación jurídica tenga carácter puramente interno o presente un elemento transfronterizo o internacional. La exclusión de las normas de conflicto del Estado miembro de destino permite asegurar, en mayor medida, que la situación jurídica sobrevivirá el paso de la frontera, podrá continuar viva en otro Estado miembro diferente al que se creó. Circunstancia particularmente relevante en materia de estado civil, persona y familia. La luz de la antorcha una vez prendida en un Estado miembro, circulará y deberá alumbrar en el resto de Estados miembros.

17. La competencia de la autoridad del Estado de origen no es relevante en el método del mutuo reconocimiento. Los particulares son titulares de un derecho fundamental a desplazarse libremente dentro del territorio de la Unión con el fin de crear relaciones jurídicas en el Estado miembro de su elección. Y esto implica que son libres de acudir a las autoridades del Estado miembro que prefieran, incluso cuando dicha situación carezca de vínculos objetivos con ese Estado. El Tribunal ha afirmado de manera reiterada que este comportamiento no constituye ni fraude de ley ni *bad forum shopping*, por lo que no puede ser objeto de sanción o “disminución” jurídica (STJCE 9 marzo 1999, C-212/97, *Centros*¹¹; STJCE 30 septiembre 2003, C-167/01, *Inspire Art*¹²; STJUE 8 junio 2017, C-541/15, *Freitag*¹³).

18. De forma constante y sostenida en numerosa jurisprudencia del TJUE se ha rechazado someter a control la competencia internacional de la autoridad que crea o autoriza la situación jurídica, al considerar que esa actuación no estaría en línea con el contenido el principio de libre circulación, porque la confianza entre los Estados miembros debe de ser total. Los ciudadanos de la Unión Europea pueden acudir al Estado miembro que estimen más favorable para la constitución de su estatuto personal o patrimonial. Por ejemplo, el Sr. Trojan contrajo matrimonio en Alemania, porque el Derecho alemán se lo permitía. Esta aproximación metodológica distingue claramente las situaciones intraeuropeas, protegidas por las libertades fundamentales (en las que opera el reconocimiento automático sin control sobre la competencia de la autoridad que la crea), de aquellas creadas en Estados terceros, respecto de las cuales sí resulta legítimo y oportuno verificar la competencia de la autoridad de origen que creó tal situación, al no estar amparadas por el derecho a la libre circulación de personas físicas y jurídicas, servicios y capitales que recoge el Derecho de la Unión Europea.

19. Y ¿qué ocurre con el denominado *bad forum shopping*? Esta es una consecuencia que deriva de la característica relatividad del Derecho internacional privado. En el ámbito del Derecho de la UE solo adquiere relevancia jurídica cuando se apoya en la utilización de datos fácticos incorrectos o artificiosamente contruidos. Es decir, únicamente, existe un verdadero fraude al Derecho de la Unión cuando los elementos de hecho que sirven de base para atribuir competencia a las autoridades de un Estado miembro no responden a la realidad. Esto se produce cuando se genera una conexión puramente ficticia entre la situación jurídica y dicho Estado. Y hay jurisprudencia que así lo ha señalado cuando la

⁹ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado crítico de Derecho internacional privado*, Edisofer, Madrid, 2024, pp. 161-165.

¹⁰ K. FUNKEN, *Das Anerkennungsprinzip im internationalen Privatrecht: Perspektiven eines europäischen Anerkennungs-kollisionsrechts für Statusfragen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, *passim*.

¹¹ STJCE 9 marzo 1999, C-212/97, *Centros* [ECLI:EU:C:1999:126]

¹² STJCE 30 septiembre 2003, C-167/01, *Inspire Art*. [ECLI:EU:C:2003:512]

¹³ STJUE 8 junio 2017, C-541/15, *Freitag* [ECLI:EU:C:2017:432]

vinculación alegada carece de consistencia material y se limita a una apariencia formal sin contenido real: STJCE de 12 de septiembre de 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*¹⁴. Por ejemplo, en el sector del matrimonio, podría observarse en el caso de la obtención de un certificado de matrimonio falsificado y que se deseara reconocer en otro Estado miembro.

20. No obstante, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha enfatizado en que los supuestos de fraude internacional deben ser apreciados con especial cautela, dado que el fraude constituye una excepción al principio general de libre circulación de situaciones jurídicas válidamente creadas en el seno de la Unión Europea, por ejemplo, un documento con una filiación falsificada, una adopción falsificada. Una vez más, el principio de la libre circulación es la clave y así se analizará más pormenorizadamente.

21. Y se debe realizar otra pregunta respecto al papel que juega la excepción de orden público internacional, ¿qué ocurre con la parcela más íntima, esencial e importante sobre la que se asienta la sociedad de los Estados miembros de la UE en estos casos? Principio del formulario Pues que los Estados miembros conservan la facultad de rechazar la eficacia de decisiones y actos adoptados por autoridades públicas de otro Estado miembro, siempre y cuando su aceptación resulte incompatible con el orden público internacional o con disposiciones imperativas fundamentales del Estado de recepción de dicha situación jurídica privada (STJUE 22 diciembre 2010, C-208/09, *Wittgenstein*, FD 84-86)¹⁵. Solo será admisible el uso de dicha excepción cuando el reconocimiento de la situación jurídica suponga una amenaza efectiva y de entidad suficiente para un interés esencial de la sociedad del Estado miembro de destino, y cuando la medida restrictiva responda a criterios objetivos y resulte adecuada y proporcionada en relación con el fin legítimo perseguido por el ordenamiento nacional (STJUE 18 julio 2006, C-406/04, *De Cuyper*, FD 40; STJUE 11 septiembre 2007, C-76/05, *Schwarz y Gootjes-Schwarz*, FD 94; STJUE 14 octubre 2008, C-353/06, *Grunkin-Paul*, FD 29 y 38; STJUE 22 diciembre 2010, C-208/09, *Wittgenstein*, FD 81-85; STJUE 2 junio 2016, C-438/14, *Bogendorff*, FD 48 y 67; STJUE 12 mayo 2011, C-391/09, *Vardyn*, FJ 77), como ha destacado la doctrina. En este sentido, el reconocimiento dentro de la Unión no puede calificarse como automático o incondicionado, sino que responde a una lógica de aceptación selectiva (*reconhecimento selectivo*), en los términos señalados por D. Moura Vicente¹⁶. Pero Trojan viene a transformar incluso esta idea que se presenta con el orden público internacional. En este punto se deben diferenciar dos cuestiones: la primera, no se aplica una norma de conflicto del Estado miembro de destino ni se controla la competencia judicial internacional; la segunda, solo en presencia de resultados lesivos para el orden público internacional del Estado de destino se rechazará el reconocimiento. Además, con Trojan, el TJUE ha reducido extraordinariamente este recurso al orden público internacional de los Estados miembros.

¹⁴ STJCE de 12 de septiembre de 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*, [ECLI:EU:C:2006:544].

¹⁵ STJUE 22 diciembre 2010, C-208/09, *Wittgenstein*, [ECLI:EU:C:2010:806] FJ 84-86: “La justificación invocada por el Gobierno austriaco en referencia a la situación constitucional austriaca ha de interpretarse como una invocación del orden público. Consideraciones objetivas de orden público pueden justificar, en un Estado miembro, la negativa al reconocimiento del apellido de uno de sus nacionales, tal como ha sido atribuido en otro Estado miembro (véase, en este sentido, la sentencia *Grunkin y Paul*, antes citada, apartado 38). El Tribunal de Justicia ha recordado reiteradamente que el concepto de orden público como justificación de una excepción a una libertad fundamental debe interpretarse en sentido estricto, de manera que cada Estado miembro no pueda determinar unilateralmente su alcance sin control por parte de las instituciones de la Unión Europea (véanse, sentencias de 14 de octubre de 2004, *Omega*, C36/02, Rec. p. 19609, apartado 30, y de 10 de julio de 2008, *Jipa*, C33/07, Rec. p. 15157, apartado 23). Por tanto, el orden público sólo puede invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad (véase la sentencia *Omega*, antes citada, apartado 30 y jurisprudencia citada).”

¹⁶ D. MOURA VICENTE, “A família através das fronteiras: reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras em matéria matrimonial, de responsabilidade parental e de rapto de crianças”, en Id., *Direito internacional privado: Ensaios*, vol. 5, Coimbra, Almedina, 2024, pp. 123-140.

III. La validez y los efectos del matrimonio en la Unión Europea: los tres argumentos utilizados por el TJUE

1. Primer mecanismo: libertad de circulación y residencia de los ciudadanos de la UE.

22. La libertad de circulación y de residencia de los ciudadanos europeos en los Estados miembros (los arts. 20.2.a) y 21.1 TFUE) es el primer mecanismo que utiliza el TJUE para dar respuesta en el asunto Trojan.

23. El Tribunal parte de una poderosa idea: una situación jurídica válidamente creada en un Estado miembro con arreglo a sus normas de conflicto debe poder continuar viva y existir en los demás Estados miembros. No debería ser una situación jurídica claudicante. Y esta idea se potencia más cuando de ello depende el ejercicio efectivo de los derechos derivados de la ciudadanía de la Unión Europea. Este razonamiento reproduce la lógica ya empleada en asuntos anteriores que llegaron al TJUE, por ejemplo, en el caso Grunkin-Paul, en el que el Tribunal afirmó que el reconocimiento del estatuto personal adquirido en otro Estado miembro resulta necesario para evitar obstáculos injustificados a la libre circulación en el seno de la UE.

24. El principio de mutuo reconocimiento actúa aquí como una auténtica “norma de conflicto encubierta”, como se ha expuesto anteriormente. En efecto, el Tribunal no determina directamente la ley aplicable al matrimonio. El TJUE impone al Estado miembro requerido, esto es, a Polonia, la obligación de reconocer los efectos de una situación jurídica constituida conforme al Derecho de otro Estado miembro (Alemania), de este modo, se desplaza la aplicación exclusiva de sus propias normas materiales.

25. Esta dimensión conflictual resulta especialmente evidente si se atiende a la fase de constitución del matrimonio. Para que el matrimonio entre los dos ciudadanos polacos pudiera celebrarse en Alemania, fue necesario aplicar una norma de conflicto del Derecho alemán, que permitió someter las condiciones de fondo o la capacidad matrimonial a una ley que hacía posible su celebración. La validez del vínculo matrimonial es, por tanto, el resultado de una previa situación creada con las normas de Derecho internacional privado del Estado de celebración.

26. Desde esta perspectiva, la exigencia del Sr. Trojan para la posterior transcripción del matrimonio en el registro civil polaco no supone la creación de un nuevo estatuto personal conforme al Derecho polaco, sino el reconocimiento de una situación jurídica ya válidamente creada en otro Estado miembro (Alemania), reconocimiento que el Tribunal considera indispensable para garantizar el efecto útil del artículo 21 TFUE y evitar que el ejercicio efectivo de la libertad de circulación se vea disuadido o limitado en el entorno de los Estados miembros europeos.

2. Segundo mecanismo: el derecho al respeto de la vida privada y familiar.

27. El segundo gran argumento empleado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se fundamenta en el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que reconoce el derecho al respeto de la vida privada y familiar. A través de este precepto, el Tribunal introduce una perspectiva claramente orientada a las obligaciones de los Estados miembros frente a los particulares, que trasciende los límites clásicos del Derecho internacional privado.

28. La Carta opera aquí como un instrumento normativo que “viaja en el tiempo y en el espacio”, y esta afirmación merece una explicación: el derecho fundamental nace en el momento de la creación válida de la vida familiar con arreglo al Derecho internacional privado en Alemania y debe seguir siendo protegido cuando la situación se proyecta en otro Estado miembro, en este caso Polonia. No es jurídicamente admisible que un derecho fundamental reconocido y protegido en un Estado miembro desaparezca al cruzar una frontera interior de la Unión Europea.

29. Desde esta perspectiva, la negativa a transcribir el matrimonio por parte de las autoridades polacas no constituye una mera cuestión técnica relativa al registro civil de dicho país, sino que es vista como una injerencia en el derecho a la vida privada y familiar del Sr. Trojan. Y esto es así en la medida en que priva a los interesados del reconocimiento jurídico de su vínculo matrimonial y de los efectos esenciales asociados a su estatuto personal. El TJUE subraya que los Estados miembros están obligados a garantizar una protección continua y coherente de los derechos fundamentales cuando actúan dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea.

30. Este mutuo reconocimiento de situaciones jurídicas constituye, en realidad, -y como escribe R. LEGENDRE, un mecanismo de protección y promoción de los derechos humanos¹⁷. En esta línea, se trata de una herramienta técnica característica del Derecho de la Unión Europea: los derechos fundamentales funcionan como un límite material a la autonomía normativa de los Estados miembros y como un criterio de corrección de los resultados a los que podría conducir una aplicación estricta del Derecho internacional privado. La mera aplicación de las normas de conflicto o la excepción de orden público no puede justificar una vulneración del artículo 7 de la Carta. Por ello, el análisis siempre debe completarse, e incluso prevalecer, con una perspectiva basada en los Derechos Humanos, que reafirme la continuidad del estatuto personal y la protección efectiva de la vida privada y familiar en el entorno de los Estados miembros de la UE.

31 Este mecanismo deriva de la aplicación directa de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en tanto que norma de Derecho primario vinculante para los Estados miembros cuando actúan dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. En el asunto Trojan, la situación jurídica transfronteriza planteada queda plenamente integrada en dicho ámbito.

32. A través de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea no se aplica un sistema externo o ajeno de protección de los Derechos Humanos, sino Derecho propio de la Unión Europea. La Carta forma parte del Derecho primario de la UE, como se ha señalado, y vincula plenamente a los Estados miembros cuando actúan dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea. En consecuencia, al aplicar el artículo 7 de la Carta, el Tribunal de Justicia no introduce un elemento ajeno, sino que aplica directamente Derecho de la Unión Europea, que se debe imponer sobre el Derecho nacional y condicionar su actuación en materia de reconocimiento de situaciones jurídicas creadas en un Estado miembro válidamente.

33. Es más, el TJUE hace referencia al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), relativo al derecho al respeto de la vida privada y familiar. Aunque el Tribunal de Justicia de la UE no aplica directamente el CEDH como norma, su contenido opera de manera indirecta como referente interpretativo esencial del artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo tenor reproduce sustancialmente el del artículo 8 CEDH.

34. Se debe subrayar que pese a que el CEDH fue adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950, la Unión Europea no ha culminado su adhesión al Convenio, lo que ha generado una coexistencia (casi, se podría decir una lucha entre gigantes), no exenta de tiranteces, entre dos órdenes jurisdiccionales: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Esta dualidad ha sido interpretada doctrinalmente como una verdadera “batalla de tribunales”, en la que está en juego la autoridad última para interpretar los derechos fundamentales en Europa. Ya que si se hubiese producido la adhesión plena de la Unión al CEDH, el Convenio habría pasado a formar parte del ordenamiento de la Unión Europea, esto es, como Derecho propio de la Unión Europea, y su interpretación correspondería al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Precisamente para evitar una subordinación directa del Derecho de la Unión al control externo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el sistema europeo

¹⁷ R. LEGENDRE, “Le droit international privé à l’épreuve de la gestation pour autrui”, *Revue critique de droit international privé*, 2025, pp. 235-355.

ha optado por una solución funcional distinta: la “clonación” del contenido material del CEDH en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Esta solución en el caso Trojan ofrece una coherencia material entre los sistemas europeos de protección de Derechos Humanos.

35. Es evidente que en la actualidad existen diversos recursos normativos que ponen de manifiesto la amplia proliferación de fuentes jurídicas en el espacio europeo de Justicia. La coexistencia de normas del Derecho de la Unión Europea, del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de los ordenamientos nacionales de los Estados miembros genera una superposición normativa que recuerda el conocido aforismo romano *Corruptissima re publica plurimae leges*¹⁸, con el que los juristas clásicos advertían de algo peligroso y que se debería evitar: que la abundancia de leyes suele ser síntoma de complejidad institucional y de una preocupante disfunción del sistema legislativo.

36. Para el jurista contemporáneo, y especialmente para los juristas que se forman en una tradición cartesiana, sistemática y racionalizadora del Derecho, esta acumulación de normas, tribunales y técnicas interpretativas resulta, cuando menos, desconcertante. Sin embargo, lejos de constituir una mera disfunción, esta pluralidad legislativa responde a una clara necesidad: la de garantizar una tutela efectiva y continua de los derechos fundamentales en un espacio jurídico multinivel, en el que ni el Derecho internacional privado clásico ni las categorías estrictamente estatales son suficientes para ofrecer una respuesta a las situaciones personales transfronterizas complejas.

37. Desde esta perspectiva, la aparente duplicidad normativa no es tanto un signo de corrupción del sistema cuanto la expresión de un modelo jurídico plural, en el que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea articula y utiliza cuidadosamente las distintas fuentes normativas para asegurar la primacía, la autonomía y la efectividad del Derecho de la Unión Europea, sin romper la coherencia material con el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

3. Tercer mecanismo: prohibición de toda discriminación, en particular, la basada en la orientación sexual

38. Otro de los grandes argumentos que utiliza el TJUE es el que sostiene el contenido del artículo 21, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Esto es el de la prohibición de toda discriminación, en particular la basada en la orientación sexual. A través de este precepto, el TJUE introduce un control específico de igualdad y no discriminación en relación con el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo válidamente celebrado en otro Estado miembro.

39. La discriminación se manifiesta de forma clara en el caso de que un certificado matrimonial entre personas de distinto sexo puede ser transcrito sin dificultad alguna en el registro civil polaco, mientras que un certificado matrimonial entre personas del mismo sexo, igualmente válido conforme al Derecho del Estado de celebración, es rechazado de manera automática. Esta diferencia de trato no se basa, evidentemente, en la regularidad formal del acto ni en su validez jurídica, sino exclusivamente en la orientación sexual de los contrayentes, lo que activa directamente dicha prohibición de discriminación consagrada en el artículo 21.1 de la Carta.

40. Esta no es una cuestión nueva para el TJUE, que activa su jurisprudencia anterior, y la expone en el fundamento jurídico 77 de la sentencia, según la cual los Estados miembros no pueden aplicar sus normas internas de forma que produzcan resultados discriminatorios en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, en particular cuando está en juego el ejercicio efectivo de los derechos derivados del artículo

¹⁸ La frase pertenece al historiador romano Tácito, quien la incluyó en su obra *Anales* (Libro III, 27), escrita a principios del siglo II d. C. y que sigue contando con plena actualidad.

21 TFUE sobre libre circulación. Una vez más, el TJUE utiliza el mecanismo de los Derechos Humanos: la prohibición de discriminación opera como un límite material infranqueable a la autonomía normativa estatal. No se trata de imponer una determinada concepción sustantiva del matrimonio en el Derecho nacional polaco, sino de impedir que el ordenamiento interno de dicho Estado genere una ruptura del estatuto personal de los ciudadanos de la Unión Europea al cruzar fronteras entre los Estados miembros.

IV. El nuevo sistema de circulación europea de las situaciones jurídicas legalmente creadas un Estado miembro

1. La norma de conflicto del Estado miembro de origen

41. El reto que supone ofrecer una respuesta a las situaciones jurídicas privadas internacionales se observa precisamente en que presentan vínculos con más de un ordenamiento jurídico estatal. Es entonces, cuando la intervención de la norma de conflicto resulta fundamental. La función de la norma de conflicto es clave en el Derecho internacional privado: identificar el Estado cuyo ordenamiento jurídico es el que debe regular una situación privada internacional.

42. Así, cuando se plantea un caso como el que le llega al TJUE con el asunto Trojan: la celebración en Alemania de un matrimonio entre dos ciudadanos polacos, la norma de conflicto es la que permite establecer qué ley regula la capacidad matrimonial de los contrayentes. Si ambos contrayentes nacionales polacos disponen de capacidad nupcial según el Derecho polaco o en su caso el alemán, el matrimonio puede celebrarse válidamente en Alemania.

43. Desde esta perspectiva, la norma de conflicto cumple una función esencial de seguridad jurídica de ordenación¹⁹. Al indicar de forma clara, concisa y de forma previa cuál es la ley aplicable a una situación jurídica privada. La norma de conflicto ofrece a los particulares un marco de referencia que les permite orientar su conducta y tomar decisiones jurídicas con previsibilidad.

44. Sin embargo, esta seguridad no garantiza necesariamente una estabilidad uniforme de los resultados jurídicos en el plano internacional. Aparece la consecuencia llamada relatividad. Cada Estado dispone de su propio sistema de normas de conflicto y de su propia concepción del orden público internacional. Como consecuencia, una misma situación privada internacional puede recibir soluciones divergentes, diversas o dispares según el ordenamiento al que se someta. Así, mientras que en Alemania o España, por ejemplo, y más o menos en doce Estados miembros europeos más, es posible la celebración de un matrimonio entre personas del mismo sexo, dicho vínculo no puede constituirse ni reconocerse en Polonia, cuyo ordenamiento constitucional no admite esta forma de matrimonio.

45. De este modo, los contrayentes pueden ser considerados cónyuges en Alemania o en España y, simultáneamente, ser tratados como solteros en el Derecho polaco. Esta fragmentación del estatuto personal pone de manifiesto que la seguridad jurídica de resultado, esto es, la estabilidad y continuidad efectiva de la situación jurídica ya creada, resulta débil cuando las soluciones dependen de normas de conflicto nacionales distintas y de la activación de cláusulas de orden público propias de cada Estado.

2. La obligación del Estado miembro de destino de reconocer la situación.

46. Tras una larga etapa en la que el Derecho internacional privado se configuró esencialmente como un sector del ordenamiento jurídico de base estatal, distinto de Estado a Estado, la progresiva

¹⁹ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado crítico de Derecho internacional privado*, Edisofer, Madrid, 2024, pp. 161-165.

construcción de un Derecho internacional privado de producción europea ha venido a confirmar, en buena medida, la percepción formulada por F. K. von Savigny hace casi dos siglos. En nuestro tiempo, una parte muy significativa de las normas de conflicto aplicadas por los tribunales de los Estados miembros de la Unión Europea, ya no son puramente nacionales, sino reglas comunes a varios Estados miembros. Estas normas permiten que una misma situación jurídica sea resuelta de forma uniforme con independencia de las autoridades del Estado miembro que conozca del asunto, lo que refuerza de manera decisiva la seguridad jurídica de resultado, idea que se exponía con anterioridad. Estas soluciones se observan en numerosas materias: sucesorias, de crisis matrimoniales, de determinación del régimen económico matrimonial, respecto a medidas de protección de menores...

47. Pero la integración europea va un paso más lejos. Incluso en aquellos ámbitos en los que el legislador de la Unión Europea no ha adoptado normas específicas sobre reconocimiento de resoluciones o decisiones de autoridades nacionales, los Estados miembros están obligados a reconocer en su ordenamiento las situaciones jurídicas válidamente constituidas en otro Estado miembro. Esta es una medida que garantiza que los ciudadanos se desplacen libremente por el territorio de la UE sin ver alterado su estatuto personal o familiar. De este modo, la continuidad jurídica de las situaciones personales se preserva más allá de las fronteras estatales y la seguridad jurídica de resultado en contextos transfronterizos deja de ser una aspiración teórica para convertirse en una realidad efectiva, palpable y disfrutada por los ciudadanos europeos.

48. En definitiva, el ideal *savigniano* se materializa a través del principio de mutuo reconocimiento. Aunque los sistemas nacionales de normas de conflicto no sean idénticos, la jurisprudencia del TJUE ha construido un mecanismo que permite que las situaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado miembro desplieguen sus efectos en el conjunto de la Unión Europea.

3. La aniquilación del orden público internacional en el Derecho internacional privado de la UE.

49. El orden público del Estado de destino queda realmente reducido a una hipótesis muy improbable por el Derecho europeo. El TJUE en la jurisprudencia que escancia en Trojan realiza una poderosa afirmación: Polonia no puede oponer su orden público internacional polaco para evitar el reconocimiento en Polonia del matrimonio válidamente celebrado en Alemania. La explicación parte del principio de primacía del Derecho europeo: sobre dicho orden público internacional prevalece el Derecho europeo. Así, el Derecho europeo obliga a Polonia a reconocer dicho matrimonio celebrado válidamente en Alemania, para que no rompa con el derecho de la libre circulación de los ciudadanos europeos en la UE. Pero, atención, el TJUE no obliga a Polonia a cambiar su legislación nacional y a admitir los matrimonios entre personas del mismo sexo en su propio ordenamiento jurídico interno. El TJUE únicamente les insta a las autoridades polacas a reconocer dicho matrimonio en su ámbito jurídico siempre que se hayan celebrado el matrimonio válidamente en otro Estado europeo (Alemania)²⁰.

50. Evidentemente, el reconocimiento en Polonia del matrimonio entre dos señores celebrado en Alemania sí que vulnera el orden público internacional polaco. Sin embargo, el TJUE indica que dicho orden público internacional polaco debe dar un paso atrás, porque Polonia tiene la obligación de respetar el Derecho de la Unión Europea, que le fuerza a reconocer, en el orden jurídico polaco, el matrimonio en cuestión ya celebrado de conformidad con el Derecho alemán.

51. Afortunadamente existen mentes privilegiadas que ya lo anunciaron, que supieron ver el profundo cambio en la arquitectura del Derecho internacional privado europeo que este método iba a

²⁰ STJUE 25 noviembre 2025, C-713/23, *Trojan*, FJ 63: “[...] así pues, tal obligación de reconocimiento no atenta contra la identidad nacional ni amenaza el orden público del Estado miembro de origen”.

comportar²¹. El caso Trojan va a producir un impacto colosal en diversos sectores del Derecho internacional privado de familia de la Unión Europea. Comportará el mutuo reconocimiento en la Unión Europea de adopciones, de medidas de protección de mayores, de matrimonios de todo tipo, establecimiento de la filiación, parejas de hecho registradas, estado civil de la persona y tantas otras.

V. Conclusiones

52. Primera conclusión. Con el asunto Trojan se observa un gran cambio en el Derecho internacional privado clásico. Las situaciones claudicantes en el seno de la Unión Europea se reducen. Por supuesto que cada Estado miembro sigue con la aplicación de sus propias normas de conflicto, pero aunque esas normas de conflicto pudieran dar como resultado soluciones diferentes en un mismo asunto, la situación jurídica internacional creada válidamente con arreglo a esas normas podrá ser reconocida en otro Estado miembro de la UE. El asunto Trojan ha venido a transformar el escenario judicial europeo. El mutuo reconocimiento de situaciones jurídicas privadas válidamente constituidas en cualquier Estado miembro elimina las situaciones “claudicantes”, en las que un vínculo jurídico válido ya creado en un Estado miembro podía quedar privado de efectos, ignorado, maltratado al cruzar la frontera entre Estados miembros de la UE. Esta evolución se aprecia desde la jurisprudencia precedente sobre nombres y apellidos del TJUE (*Grunkin-Paul, Wittgenstein, Vardyn*) hasta la reafirmación en casos como *Trojan*.

53. Segunda conclusión. La seguridad jurídica de realización se ha visto reforzada por la norma de conflicto, articulada coherentemente en los sistemas de la Unión Europea, con sus principios, objetivos y metas, y el mecanismo del mutuo reconocimiento. Esto significa que, más allá de establecer cuál es la ley aplicable, esto es, la seguridad jurídica de ordenación, las personas pueden confiar en que el resultado de sus actos (ya sea relativo a su estatuto personal, relaciones familiares, efectos patrimoniales) se protegerá en la práctica en toda la UE. La jurisprudencia que respalda el reconocimiento de matrimonios, nombres o situaciones patrimoniales muestra que la Unión Europea ha hecho efectivo aquel sueño de Savigny, y ha usado todos sus mecanismos y se ha esforzado en que ese ideal integrador sea una realidad.

54. Tercera conclusión. El modelo clásico del orden público internacional como límite al reconocimiento de determinadas situaciones, en el caso concreto y excepcional, se ha visto reducido dentro de la UE. El TJUE apuesta por una versión atenuada y muy exigente para hacerlo valer. El TJUE ha restringido claramente su aplicación para evitar que se convierta en un instrumento de cierre a la integración y al respeto a los derechos fundamentales que contiene la normativa europea. Solo se admite el no reconocimiento cuando existe una amenaza real, grave y proporcionada a un interés fundamental de los principios donde se asienta el Estado miembro de destino. De este modo se observa en la jurisprudencia del TJUE en célebres sentencias como *Wittgenstein* y *Bogendorff*. Esta reinterpretación elimina la posibilidad de que el orden público nacional actúe como un obstáculo a la libre circulación de situaciones jurídicas legalmente creadas en otro Estado miembro. Hay que despedirse de lo aprendido hasta ahora, esto supone decir adiós al viejo concepto de orden público que funcionaba como policía del sistema jurídico nacional. Esto significa que mientras el Estado miembro de destino pueda regular como desee las instituciones jurídicas de Derecho de familia en su ordenamiento jurídico, cuestión obvia y evidente, no puede, sin embargo, intervenir el orden público internacional.

55. Cuarta conclusión. El TJUE defiende una auténtica libertad de circulación de personas en la UE. El reconocimiento de situaciones jurídicas constituye un punto fundamental de la libertad de circulación de personas, no se trata de un complemento, es la clave. Es una auténtica herramienta jurídica para lograr la libre circulación. La jurisprudencia del TJUE ha establecido que no solo pueden circular

²¹ P. LAGARDE, Nota a STJCE 14 octubre 2008, *Grunkin-Paul*, *Revue critique de droit international privé*, 2009, pp. 86-93, como ha sido destacado por J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Accursio DIP Blog*, link: <http://accursio.com/blog/?p=2422>.

físicamente, sino que su vida privada y familiar, así como su estatuto personal debe seguir siendo reconocido, sin variaciones, en todos los Estados miembros europeos. Esto convierte a la UE en un espacio en el que las personas no solo se mueven, sino que llevan consigo sus relaciones y condiciones jurídicas, sin ser penalizadas por elegir el lugar de constitución más favorable a sus intereses. Esta lógica está en la base de decisiones como *Trojan* y otras en las que se obliga al reconocimiento de efectos jurídicos esenciales de situaciones privadas (matrimonios, filiaciones, nombres) creadas en otro Estado miembro y que han llegado al TJUE.

56. Quinta conclusión. Si el jurista europeo mira hacia adelante, solo puede observar en el horizonte un futuro mejor. El modelo europeo de “*reconocimiento sin fronteras en la UE*” ofrece un panorama prometedor para la verdadera integración europea. Aunque existen mecanismos como el orden público europeo o nacional de los Estados miembros que puedan servir como límites legítimos del reconocimiento, el desarrollo doctrinal y, fundamentalmente, jurisprudencial favorece la idea cada vez más coherente con la normativa europea y eficaz que protege los derechos fundamentales y la libre circulación en toda la UE. El reconocimiento mutuo no es solo una técnica procesal: es el fundamento de un espacio europeo común, reforzado por la confianza mutua entre los Estados miembros y por una progresiva y fortalecida idea de que los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos no pueden verse disminuidos.

Copyright law in European Union law and artificial intelligence in a transnational perspective

Derecho de autor en Unión Europea e inteligencia artificial en un enfoque transfronterizo

MAGDALENA MILEJSKA

University of Warsaw

Recibido: 23.12.2025 / Aceptado: 16.01.2026

DOI: 10.20318/cdt.2026.10311

Abstract: This article analyzes the complex interplay between European Union copyright law, the AI Act, and Private International Law. It examines the conflict between the EU's ambition to set global AI standards (the "Brussels Effect") and the principle of territoriality governing copyright, which creates legal uncertainty for AI developers operating outside the EU. The analysis focuses on the application of the Rome II and Brussels I bis regulations to determine applicable law and jurisdiction in cross-border infringement cases. Key issues include the enforceability of the TDM "opt-out" mechanism and the unresolved legal status of AI-generated works, highlighting a volatile legal landscape that will likely be shaped by future high-stakes litigation.

Keywords: AI Act, Copyright, Private International Law, Territoriality.

Resumen: Este artículo analiza la compleja interacción entre la legislación de la Unión Europea en materia de derecho de autor, el reglamento europeo sobre la IA y el Derecho internacional privado. La contribución se concentra sobre el conflicto entre la ambición de la UE de establecer normas mundiales en materia de IA (el "efecto Bruselas") y el principio de territorialidad que rige los derechos de autor, lo que crea incertidumbre jurídica para los desarrolladores de IA que operan fuera de la UE. El análisis se enfoca en la aplicación de los reglamentos Roma II y Bruselas I bis para determinar la legislación aplicable y la jurisdicción en los casos de infracción transfronteriza. Entre las cuestiones clave se incluyen la aplicabilidad del mecanismo de «exclusión voluntaria» del TDM y la situación jurídica sin resolver de las obras generadas por IA, lo que pone de relieve un panorama jurídico volátil que probablemente se verá condicionado por futuros litigios de gran envergadura.

Palabras clave: reglamento europeo sobre la IA, derecho de autor, derecho internacional privado, territorialidad.

Sumario: I. Introduction. II. Directive CDSM. III. New regulatory of AI act. IV. Determining jurisdiction under the Brussels I bis Regulation. V. Cross-border dilemma - Determining the applicable law under the Rome II Regulation. VI. Conclusions.

I. Introduction

1. The development of generative AI presents the European Union with a fundamental legal trilemma, in that it requires trading off three conflicting objectives that are likely to be antagonistic¹. On

¹ The present contribution finds its roots in the lectures held during the 2025 IISS-EAPIL Winter School in European Private International Law, which the Author attended to.

the one hand, the EU must promote AI innovation, which is largely based on access to large data sets. On the other hand, it must protect the rights and the economic profit of the authors whose works constitute those data sets. Third, it struggles with the problem of applying territorially delimited copyright law to the border-transcending reality of AI creation and use. This inherent tension is not static, it is highly dynamic because the base AI technology and the market itself are in transition so rapidly. This instability creates a state of high commercial and legal risk for all players in the market².

II. Directive CDSM

2. Directive (EU) 2019/790 on copyright and related rights in the Digital Single Market³ (the CDSM Directive) is a landmark in EU copyright law, molding it to fit the needs of the digital age. Its most progressive and novel aspect is that it introduces an express legal framework for text and data mining (TDM). The creation of advanced AI models, such as those used to generate text or images, is based on the automatic analysis of large data sets, most of which are protected by copyright. Its main objective is to modernize regulations and to reduce legal fragmentation in the digital single market. The directive entered into force on May 17, 2019, and Member States were required to implement (transpose) its provisions into national law by June 7, 2021. From a technical point of view, the TDM process requires the creation of temporary copies of these works, which is a fundamental rule that would normally infringe on the creator's copyright monopoly and require their consent⁴. TDM regulation uses two basic exceptions to copyright monopoly, set out in Articles 3 and 4. Article 3 is devoted to scientific purposes. It allows institutional research bodies, such as universities or libraries, to freely conduct data investigations on works to which they have legal access (e.g., through subscriptions to scientific journals). Furthermore, this right cannot be restricted by contract. This means that publishers cannot take any action to prohibit scientific institutions from analyzing materials that they have made legally available to them. This guarantees freedom of scientific research in the digital age, ensuring that modern analytical methods can be used without fear of infringing copyright. Article 4 creates a general exception to allow TDM by any party, including tech firms training commercial AI models. The underlying requirement, just like with scientific research, is to have legal access to materials under analysis. Article 4 introduces, however, an important balancing mechanism, the so-called opt-out right. Its owner (e.g., artist, publisher, news website) can make it clearly express in a machine-understandable way (e.g., in a metadata or robots.txt file) that they do not consent to their content being searched. Without such an opt-out, TDM is permitted. In practice, this provides a default permission to study data for AI uses, but allows creators an easy way to safeguard their works if they wish to do so.

3. There are two competing opinions on the topic. On the one hand, a new study by the European Parliament⁵ forms the opinion that the mass training of AI overwhelmingly goes beyond the domain of TDM exceptions as they were meant to be. It highlights that the opt-out regime is second-best, inappropriately burdens copyright holders and does not provide for consent or remuneration schemes and calls for

In accordance with editorial requirements, the author wishes to point out that the sources analyzed in this study are normative in nature and are formulated in a gender-neutral manner. For this reason, a detailed analysis of the impact of gender on these technical and legal regulations is beyond the scope of this article.

² M. TRIMBLE, "The Multiplicity of Copyright Laws on the Internet", *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, n. 2, 2015, pp. 372-373; EUROPEAN COMMISSION, "Explanatory Notice and Template for the Public Summary of Training Content for general-purpose AI models required by Article 53 (1)(d) of Regulation (EU) 2024/1689 (AI Act)", 24 July 2025, available at: <https://ec.europa.eu/newsroom/dae/redirection/document/118480>.

³ Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC, *OJL* 130, 17 May 2019, pp. 23-24.

⁴ T. MARGONI/M. KRETSCHMER, "A Deeper Look into the EU Text and Data Mining Exceptions: Harmonisation, Data Ownership, and the Future of Technology", *GRUR International*, n. 8, 2022, pp. 685-687.

⁵ N. LUCCHI, "Generative AI and Copyright - Training, Creation, Regulation", Study for the European Parliament's Committee on Legal Affairs, European Parliament, Brussels, July 2025, pp. 10-11, 41-44, available at: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2025/774095/IUST_STU\(2025\)774095_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2025/774095/IUST_STU(2025)774095_EN.pdf).

a transition to an opt-in regime⁶. On the other hand, other stakeholders argue that the current system gets an enlightened, sensible balance of interests in promoting innovation while reserving control for rights holders⁷. In practice, as awareness grows, more and more copyright holders are embracing opt-out schemes, limiting the pool of available training data and tipping the market towards licensing agreements⁸.

4. The final effect of Article 4 TDM is not the opening of a significant, free pool of training data, but to act as a legal lever that pushes the development of collective licensing markets. The opt-out possibility essentially becomes a licensing signal. AI developers may have first interpreted Article 4 as a general permission to collect data unless expressly prohibited. Yet the real-world functioning of opt-out mechanisms, while anarchic, is increasingly common as copyright holders become more aware. The effect is that it is lowering the usefulness of the exception itself, and the default status of data shifts from “open” to “proprietary”. For a developer, the cost and legal uncertainty of ascertaining the opt-out status of each piece of data in a petabyte-scale collection becomes unbearable. Accordingly, the TDM exception, by creating a mechanism through which copyright holders can express their intentions, actually creates the necessary legal friction to nudge AI developers into seeking broad, collective licenses from rights management organizations. This becomes the more convenient and legally safe pathway. The main aim of the exception is therefore not to enable free data mining, but to shape the future licensing market⁹.

III. New regulatory of AI act

5. With the advent of Regulation (EU) 2024/1689, the AI Act, the EU is enacting a new degree of regulation that directly targets artificial intelligence technology developers. The provision, a public law act, not only legislates for regulation on placing AI systems on the market, but also imposes clear and enforceable copyright obligations on producers of general-purpose AI models (GPAIs), such as large language models e.g. GPT, Claude. Predominant here are the provisions of Article 53, which significantly complement the existing legal framework thus far established by the CDSM Directive. The key requirement of this new regulation obligates GPAI model providers to adopt internal policies that guarantee respect for EU copyright law. This fundamentally changes the nature of compliance; it is no longer just a matter of avoiding private civil lawsuits for infringement, but has become a public law requirement for market access. Companies who are actually training their models are now being required to actively prove that they possess processes which identify and honor these opt-outs¹⁰.

6. The second necessary element is Article 53(1)(d), which imposes a transparency obligation on the providers. They must prepare and publish a sufficiently detailed summary of the material used to train the model. There are two reasons for this provision. First, it is so that creators and rights holders can verify whether their works are included in the training set. Second, as a direct consequence, it provides them with an operative means of ascertaining if their “opt-out” requests have been duly observed. This obligation brings an end to the period when the “ingredients” of AI models were a trade secret closely guarded, and the way is paved for enhanced control and enforcement of rights by creators.

⁶ N. LUCCHI, *op. cit.*, pp. 58.

⁷ N. LUCCHI, *op. cit.*, pp. 31-32.

⁸ J. P. QUINTAIS, “Generative AI, Copyright and the AI Act”, *Kluwer Copyright Blog*, available at: <https://legalblogs.wolterskluwer.com/copyright-blog/generative-ai-copyright-and-the-ai-act/>.

⁹ EUROPEAN UNION INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE (EUIPO), “The Development of Generative Artificial Intelligence from a Copyright Perspective”, Alicante, 2025, pp. 164-167.

¹⁰ Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 March 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence and amending Regulations (EC) No 300/2008, (EU) No 167/2013, (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 and (EU) 2019/2144 and Directives 2014/90/EU, (EU) 2016/797 and (EU) 2020/1828 (Artificial Intelligence Act), *OJL*, 12 April 2024, pp. 144 ff.

IV. Determining jurisdiction under the Brussels I bis Regulation

7. In cross-border commercial and civil cases, the determination of jurisdiction is regulated in the European Union by Regulation (EU) No. 1215/2012, commonly called Brussels I bis¹¹. It is a key instrument of private international law that defines the jurisdiction of the courts of a Member State. The Regulation establishes a clear general rule in Article 4, where defendants should be sued before the courts of the Member State where they are domiciled. This principle ensures predictability and protects the defendant. However, this rule primarily applies to defendants domiciled within the EU. For defendants domiciled outside the EU, such as a company in the US, the jurisdiction of a Member State's courts is determined by the national law of that Member State. The Regulation also provides for important alternative rules to the general provision, creating what is known as special jurisdiction¹². One of the most significant, laid out in Article 7(2), concerns cases of tort, including copyright infringement¹³. According to a long-standing interpretation by the Court of Justice of the European Union (CJEU), originating from the landmark *Bier* case¹⁴, the phrase “place where the harmful event occurred or may occur” gives the claimant a choice between two distinct courts. They can bring an action either before the courts of the place where the event giving rise to the damage occurred (the causal event) or before the courts of the place where the damage itself was suffered. This gives the injured parties a strategic advantage, allowing them to choose the court in the place where they felt the negative consequences of the infringement, which is often more convenient and efficient for them¹⁵.

8. The phrasing “the place where the harmful event took place” of Article 7(2) Brussels I bis Regulation, though concise, in practice has generated a significant amount of uncertainty, especially when infringements have a global reach, as with those on the internet. In response to such challenges, the CJEU has, in its case law, developed a clear interpretation of this provision, granting the claimant (usually: the aggrieved party) a strategic choice between alternative courts. The first is to bring an action in the territory where the casual event took place. For matters pertaining to the training of AI models, this would most likely be the place where the developer performed the machine learning process, normally its place of registered office. Its main advantage is the full jurisdiction of the court. This means that this court has jurisdiction to decide on the entirety of the damage sustained by the claimant notwithstanding the place where the harm or a part thereof was suffered. This allows the claimant to seek full compensation in a single legal action.

9. The second option allows filing a suit against the infringer in the place where the negative effects of his action have been felt. In the case of online copyright violations, such a location is the jurisdiction of each Member State where the unlawful content became accessible to the public. However, this option is saddled with a heavy limitation: the court within a specific State only has jurisdiction over the damage that was suffered within the jurisdiction of that State. This is what leads to the creation of the so-called jurisdictional “mosaic” principle. A creator who wished to receive full compensation would have to file several suits in each State, which, as with the case of governing law, complicates and incurs more expenses in bringing claims¹⁶.

10. While the “mosaic” principle creates significant hurdles, the Brussels I bis does offer other mechanisms aimed at procedural economy and the consolidation of claims. For instance, Article 8(1)

¹¹ Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), *OJ L* 351, 20 December 2012, p. 1.

¹² B. REBERO - VAN HOUTERT, “Jurisdiction in cross-border copyright infringement cases: rethinking the approach of the Court of Justice of the European Union”, Doctoral Thesis, Maastricht University, 2020, pp. 140-143.

¹³ Authorities confirming this, making clear the distinction with article 24(4).

¹⁴ CJEU 30 November 1976, *Bier*, 21/76, ECR 1976, p. 1735.

¹⁵ G. G. GEORGESCU/P. M. MARIN/D. VASILE, “Jurisdiction over Cyber Torts under Brussels I bis Regulation”, *THEMIS Competition 2016, Semi-Final C: International Judicial Cooperation in Civil Matters – European Civil procedure*, European Judicial Training Network (EJTN), 2016, p. 3, available at: https://portal.ejtn.eu/PageFiles/14777/Written%20paper_Romania.pdf.

¹⁶ G. G. GEORGESCU/P. M. MARIN/D. VASILE, *op. cit.*, p. 4-6.

allows a claimant to sue multiple defendants in the courts of the place where any one of them is domiciled, provided the claims are closely connected. Furthermore, the rules on *lis pendens* (Article 29) and related actions (Article 30) aim to prevent parallel proceedings and contradictory judgments. However, these tools are not a complete solution. Article 30, for example, only gives the court discretion to stay proceedings or decline jurisdiction but does not guarantee consolidation. These rules do not fully resolve the core issue for a claimant wishing to aggregate damages from multiple jurisdictions against a single defendant when the “causal event” court is not chosen.

11. The application of these established legal principles to AI-related infringements presents significant complexities. For instance, the location of the “causative event” becomes ambiguous; it could be considered the developer’s headquarters, the location of the training servers, or the place where a user input the prompt that generated the infringement. Similarly, the “place of damage” is difficult to pinpoint, as it could be the copyright owner’s domicile, the location where the infringing output was downloaded, or the market where the original work was harmed¹⁷.

12. To illustrate these principles, consider a hypothetical but realistic scenario where an AI developer is based in Ireland, a user is domiciled in France, and the rights holder resides in Germany. The German rights holder would have several jurisdictional options. They could sue the developer in Ireland, the location of the causal event (the model’s training), where the court would have jurisdiction to rule on the entirety of the damage. Alternatively, they could sue the developer in Germany, the place of damage, but the German court’s jurisdiction would be limited to the harm suffered within Germany. Similarly, the rights holder could sue the user in France, the location of their causal event (inputting the prompt) and their domicile, allowing the French court to adjudicate on all damages resulting from that user’s specific actions. The other option would be to sue the user in Germany as the place of damage, again limiting the court’s jurisdiction to harm that occurred in Germany. This duality of options provides the rights holder with a strategic choice but also illustrates the complexity of cross-border enforcement in the AI era.

V. Cross-border dilemma - Determining the applicable law under the Rome II Regulation

13. In cross-border intellectual property conflicts, Regulation (EC) 864/2007¹⁸, or Rome II, is of fundamental significance. The EU private international law instrument lays down which domestic law must be applied in non-contractual obligations and accordingly also copyright infringement. Article 8 of the regulation enunciates a default rule by the title *lex loci protectionis*, which may be interpreted as the law of the place of sought protection. The concept of *lex loci protectionis* is highly reliant on the territorial nature of copyright. What this means is that all countries protect and provide these rights within their territories alone. In practice, if a copyright infringement occurs in Germany, German law will be applied. Similarly, an infringement occurring in France will be assessed under French law. The challenge with the internet is that a single act, such as sharing an unauthorized file online, can cause harm in multiple countries simultaneously. The practical consequence of the *lex loci protectionis* rule is that authors seeking to enforce their rights across the EU must base their claims on the respective laws of each Member State where the harm occurred. This creates a complex “mosaic” of applicable laws, which significantly increases the costs and complexity of legal proceedings¹⁹.

¹⁷ T. MADIEGA, “Artificial intelligence liability directive”, *Briefing, EU Legislation in Progress*, European Parliamentary Research Service, February 2023, PE 739.342, available at: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/739342/EPRS_BRI\(2023\)739342_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/739342/EPRS_BRI(2023)739342_EN.pdf).

¹⁸ Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), *OJL* 199, 31 July 2007, p.40.

¹⁹ R. LACZKO, “The Law Applicable to Copyright Infringements under the Rome II Regulation: Challenges and Alternatives in the Digital Age”, *Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös Nominatae Sectio iuridica*, Vol. 58, 2019, pp. 60-62.

14. This is an important element of analysis from the private international law viewpoint. For example, consider an AI model developed by a US company and trained exclusively on servers located in the United States. If this model is later placed on the market in the EU, an EU-based copyright holder could sue the US company in an EU court (for instance, in the country where the harm is suffered). Once for example German court establishes its jurisdiction, it must then determine which country's law to apply to the infringement claim. This is where the Rome II Regulation becomes relevant. According to Article 8 of Rome II (*lex loci protectionis*), the court must apply the law of the country where the infringing act occurred. In this case, the key infringing act is the reproduction, that is, the copying of data required for the training process. Since this training took place entirely in the US, the German court would be required to apply US law to determine whether this reproduction was lawful. As a result, US legal doctrines like "fair use" would be the standard for judging the legality of the training, and EU copyright law, including the CDSM Directive's TDM exceptions, would not apply to that specific act²⁰.

15. However, the AI Act's binding articles, particularly Article 2(1)(a), establish its extraterritorial reach by applying the regulation to any provider placing an AI system on the EU market, regardless of their location. The stated rationale is to ensure a "level playing field" and prevent non-EU providers from gaining a competitive advantage by applying lower copyright standards. This approach to extraterritoriality differs notably from that of the General Data Protection Regulation (GDPR). The GDPR's territorial scope is primarily triggered by a connection to the data subject; under its "targeting" criterion (Article 3(2)), the regulation applies to non-EU companies if they process the personal data of individuals who are in the Union. Its reach is therefore data-centric, covering outbound data flows and processing related to EU residents. In contrast, the AI Act's reach is market-centric. It applies to any provider, regardless of their location, who places an AI system on the EU market, thus regulating inbound services²¹. This creates a direct conflict between two different legal regimes. On one hand, there is public market regulation (the AI Act), which requires compliance with EU standards as a condition for market access. On the other hand, there is a fundamental tenet of private international law (the Rome II Regulation), which dictates that the applicable law for a copyright infringement claim is the law of the place where the infringing act occurred (*lex loci protectionis*). Crucially, the AI Act doesn't change the rules of applicable law for copyright infringement under the Rome II Regulation. Instead, it establishes an independent regulatory condition for market access. A violation of this condition would be a breach of the AI Act, leading to administrative penalties, but it would not in itself constitute a copyright infringement under EU law if the training occurred entirely abroad. This is a classic example of the "Brussels effect", whereby the EU uses access to its single market as a means of exporting its regulatory standards globally²².

16. The same principles of private international law that the AI Act's extraterritoriality attempts to bypass can also be used defensively by non-EU AI developers. A developer targeted for infringement in the EU would respond that although it may have violated the AI Act, there was no copyright infringement in EU law if the training took place entirely abroad. Consider a scenario where a German copyright holder sues an American AI developer before a German court, claiming the work was used for training without consent, thereby infringing their German copyright. By placing its model on the EU market, the American developer can be sued in a German court, which could establish jurisdiction under Article 7(2) of the Brussels I bis Regulation as the "place where the damage occurred". Once jurisdiction is established, the German court must then determine the law applicable to the infringement claim, for which it must apply the Rome II Regulation. The developer's defense would be that the alleged infringing act, the reproduction for training purposes, took place exclusively on servers in the US. Accordingly, under Article 8 of Rome II, the German court must apply US law to decide the merits of the claim. The develo-

²⁰ J. P. QUINTAIS, *op. cit.*

²¹ EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, "Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR (Article 3) Version 2.0", 2019, pp. 5-7.

²² J. P. QUINTAIS, *op. cit.*

per would then argue that under US law, its actions constituted “fair use”²³. If the German court accepts this argument, it would be required to dismiss the copyright infringement claim. The developer may still face significant penalties under the AI Act for failing to honor the EU opt-out mechanism, but it would have defeated the private copyright claim. This creates a division of liability: regulatory liability under the AI Act and civil liability for copyright infringement, which are subject to different rules and may lead to divergent outcomes. This defense strategy significantly complicates the enforcement of claims by EU copyright holders.

VI. Conclusions

17. The current EU legal framework is not a cohesive solution but an unstable compromise, creating a dual-track system of liability rather than a unified set of rules. The analysis provides several key answers to the questions posed. First, regarding the training of AI models, the AI Act successfully exports EU norms via the “Brussels effect”, creating a potent regulatory obligation for all market participants. However, it does not alter the fundamental principles of private international law. A non-EU developer could simultaneously be in breach of the AI Act’s market-entry requirements while successfully defending against a private copyright infringement claim in a Member State’s court by invoking the *lex loci protectionis* rule under the Rome II Regulation. Second, concerning AI-generated outputs, the EU’s anthropocentric copyright standard provides a clear, albeit challenging, answer: works generated without meaningful human intervention are not protected and fall into the public domain. The legal battleground will thus shift to defining the threshold of creative input required for “AI-assisted” works. Finally, liability for infringing outputs follows established principles: users face direct liability for their use of infringing content, while developers will likely be assessed under principles of indirect liability, where their duty of care will be paramount. Ultimately, this fragmented legal background is a temporary stopgap. The fundamental conflicts between public market regulation and private international law are unsustainable and will inevitably be resolved through CJEU’s rulings and future legislative action, which will be essential to monitor.

²³ U.S. COPYRIGHT OFFICE, “Copyright Law of the United States and Related Laws Contained in Title 17 of the United States Code (Circular 92)”, December 2024, pp. 20-24, available at: <https://www.copyright.gov/title17/title17.pdf>.

Análisis del foro especial de aceptación o renuncia de la herencia del Reglamento de sucesiones^{*}

Analysis of the special forum for acceptance or renunciation of inheritance under the Succession Regulations

LUCAS ANDRÉS PÉREZ MARTÍN^{**}

*Profesor contratado doctor de Derecho internacional privado
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*

ORCID ID: 0000-0001-6340-0528

Recibido: 17.12.2025 / Aceptado: 17.01.2026

DOI: 10.20318/cdt.2026.10313

Resumen: En su resolución de 25 de marzo de 2025 el TJUE vuelve a interpretar el contenido y extensión del foro especial de aceptación o renuncia de la herencia del artículo 13 Reglamento de sucesiones. Se aprecia de nuevo la dificultad del equilibrio entre los intereses de herederos, legatarios y acreedores en las sucesiones internacionales. El Tribunal afirma que el término “conocer” del artículo 13 no permite considerar al tribunal polaco de la residencia habitual del heredero competente para resolver el intento de anular los efectos negativos de la declaración extemporánea. Este asunto deberá ser resuelto por el tribunal alemán competente para conocer la sucesión. Esta posición no es la que mejor conjuga respetar los intereses contrapuestos en el Reglamento, lograr la finalidad de facilitar la gestión de la sucesión de los herederos y legatarios que residan habitualmente en un Estado miembro distinto del competente para conocer de la sucesión y no perjudicar los derechos de los acreedores.

Palabras clave: Reglamento de sucesiones, renuncia a la herencia, foro especial, residencia habitual, conocimiento de la manifestación.

Abstract: In its ruling of 25 March 2025, the CJEU once again interprets the content and scope of the special forum for acceptance or renunciation of inheritance under Article 13 of the Succession Regulation. Once again, the difficulty of balancing the interests of heirs and legatees on the one hand, and creditors on the other, in international successions is apparent. The Court states that the term ‘hear’ in Article 13 does not allow the Polish court of the heir’s habitual residence to be considered competent to rule on the attempt to annul the negative effects for the heir of the untimely declaration, which must be decided by the German court competent to resolve the dispute. This position is not the one that best combines respect for the conflicting interests in the Regulation, achieving the aim of facilitating the administration of the succession of heirs and legatees who are habitually resident in a Member State other than the one competent to hear the succession, and not prejudicing the rights of creditors.

Keywords: Succession Regulation, renunciation of inheritance, special forum, habitual residence, knowledge of the declaration.

^{*}Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de I+D+i “La revisión del Reglamento 650/2012, sobre sucesiones: balance de aplicación y propuestas de modificación (RSDIPR)”, Referencia: PID2023-149454NB-I00 del Programa estatal de Generación del Conocimiento, financiado por el Ministerio de Economía e Innovación.

^{**} lucas.perez@ulpgc.es

Sumario: I. Introducción: el cuestionado artículo 13 del RES. II. El debate entre principios: el valor del foro especial. 1. Los hechos del proceso. 2. Problemas planteados, y por plantear, ante el TJUE. III. El foro general versus el foro especial de aceptación o renuncia. 1. La residencia habitual como criterio del foro general y del foro especial de aceptación o renuncia. 2. Mayor conflictividad del foro de la renuncia que del foro general. 3. Derivadas prácticas. IV. Doctrina del TJUE sobre la competencia del artículo 13 y su extensión. 1. Los dos conflictos básicos del precepto y las dudas que provocan. 2. El elemento básico, la extensión del término “conocer” la declaración. 3. La “otra solución posible”: El efecto del tiempo y el contenido de ley aplicable a la forma y al fondo de la renuncia. V. Conclusiones.

I. Introducción: el cuestionado artículo 13 del RES

1. A los 10 años del inicio de la aplicación del Reglamento Europeo de sucesiones y de los distintos aspectos que el mismo regula han seguido produciendo reacciones doctrinales y jurisprudenciales que van configurando su aplicación para la regulación de las sucesiones europeas con elementos de internacionalidad¹. El Reglamento supuso, en su momento, una gran novedad en el ámbito de las sucesiones europeas, estableciendo un único sistema de determinación de ley aplicable a la sucesión entre los diversos sistemas de los Estados miembros². Reguló un variado conjunto de normas de competencia judicial internacional y de ley aplicable y un instrumento novedoso, como fue el certificado sucesorio europeo³, en lo que podríamos calificar como una clara y decidida evolución del derecho sucesorio⁴.

2. En lo relativo a los criterios de determinación de la competencia judicial internacional, el esquema general del Reglamento parte de un foro general de competencia que se configura en el Estado miembro de la residencia habitual del causante en el artículo 4. Alternativamente se admite un foro electivo por los herederos del Estado miembro de la ley que regula la sucesión en caso de designación testamentaria regulado en el artículo 5 que se combina con criterios de abstención por parte de los jueces y tribunales relacionados con el mismo (artículos 6 a 9). Por último, prevé un foro subsidiario en caso de fallecimiento del causante fuera de la Unión regulado en el artículo 10⁵ y un *forum necessitatis* en el artículo 11⁶.

3. Junto a todos estos foros, y en la intención de hacer más sencilla la vida y la gestión de las sucesiones de los herederos que residan en Estado miembro diferente al competente por el esquema anterior, el Reglamento prevé la existencia de un foro especial de aceptación o renuncia a la herencia, regulado en el artículo 13⁷. Sin embargo, como veremos en el presente trabajo, la deficiente redacción

¹ Por todas, consúltese, por ejemplo, el contenido de los trabajos del *Yearbook of Private International Law* en su volumen XXV, 2023/2024 o en su volumen XXVI, 2024/2025, editado por A. BONOMI e I. PETRELLI en el que se recogen trabajos comparados de todos los Estados de la UE. O los resultados del proyecto EUSUCCESS con las resoluciones comparadas de 7 Estados miembros, entre ellos España comentado por J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. Este último en; <https://eusuccess.project.uj.edu.pl/team>.

² Sobre la relación entre los distintos sistemas sucesorios europeos y el sistema unificado en la UE, vid. R. LAFUENTE SÁNCHEZ, “Hacia un sistema unitario europeo en materia de ley aplicable a las sucesiones internacionales”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2013), Vol. 5, Nº 2, pp. 350-370.

³ Sobre el certificado sucesorio como novedad y su relación con el derecho registral español, vid. JUAN LUIS GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, “El certificado sucesorio europeo”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, nº. 741, 2014, pp. 113-151.

⁴ Se puede consultar una visión global y crítica del Reglamento años después de ser aprobado en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo: análisis crítico*, 2ª ed., Colección “Derecho y Letras”, Murcia, 2019.

⁵ Se puede consultar un excelente estudio sobre los trabajos previos del Reglamento centrado en el foro general, de necesidad y de los bienes, esto es, del artículo 4 al 12 en N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, “Hacia un derecho internacional privado europeo de sucesiones: la unificación de las normas de competencia”, en *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 49, 2013, pp. 133-158.

⁶ Sobre la competencia judicial internacional del reglamento y la labor del notariado, vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2014), Vol. 6, Nº 1, pp. 5-44.

⁷ Foro alternativo con claro interés específico para estos herederos. Vid. P. L., VIGUER SOLER, «Artículo 13. Aceptación de la herencia, de un legado o de la legítima o renuncia a los mismos», en J. L. IGLESIAS BUIGUES, y G. PALAO MORENO, (directores), *Sucesiones Internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

del artículo y el considerando que lo regula, que no terminan de concretar aspectos muy importantes de su contenido, han provocado que este asunto aún no esté del todo aclarado en la práctica jurídica. Esto se aprecia en que ya ha provocado diversas resoluciones del TJUE que se analizan en este trabajo, que han ido dotando al artículo de la interpretación práctica que ni su texto ni el contenido complementario de su motivación y finalidad en los considerandos aporta⁸.

4. El precepto, muy bien intencionado, lleva por título “Aceptación de la herencia, de un legado o de la legítima o renuncia a los mismos”. Regula que, además de la existencia de un tribunal competente para pronunciarse sobre la sucesión por el juego de los artículos 4 a 11, los tribunales del Estado miembro de la residencia habitual de cualquier persona interesada no competentes para conocer la sucesión lo sean para conocer de sus declaraciones de aceptación o renuncia de la misma cuando, con arreglo al Derecho de dicho Estado miembro, las mismas puedan hacerse ante un tribunal. Este artículo 13 debe relacionarse con el artículo 28, que regula la ley aplicable a dicha manifestación. Bajo el título “Validez formal de una declaración relativa a una aceptación o una renuncia” recoge básicamente que la declaración será válida si cumple los requisitos de la ley aplicable a la sucesión o la del estado de la residencia habitual del declarante⁹.

5. No podemos terminar de describir el marco legal en el que se mueve el foro especial, que en la propuesta estaba recogido en el artículo 8, sin citar su importante considerando 32. Este justifica y explica la existencia de este foro con la finalidad de facilitar la vida a los herederos y legatarios que residan habitualmente en un Estado miembro distinto de aquel en que se sustancia o se sustanciará la sucesión. Para ello establece que el Reglamento “debe” brindarles la posibilidad de hacer las declaraciones relativas a la aceptación de la sucesión, de un legado o de una legítima o a la renuncia a los mismos, o relativas a la limitación de su responsabilidad en relación con el pasivo de la herencia, en la forma prevista en la legislación del Estado miembro de su residencia habitual ante los tribunales de ese Estado miembro¹⁰. El considerando también señala que las personas que se acojan a la posibilidad de hacer declaraciones en el Estado miembro de su residencia habitual deben informar ellas mismas al tribunal o a la autoridad que sustancia o sustanciará la sucesión de la existencia de esas declaraciones dentro de los plazos establecidos por la ley aplicable a la sucesión.

6. Como veremos, este artículo ha provocado varias resoluciones del TJUE y trabajos doctrinales¹¹. Sin ánimo de exhaustividad los temas discutidos que el artículo provoca son: el régimen legal y valor concreto de dicha declaración antes de su comunicación; el tribunal competente para estudiar la extensión y contenido de dicha declaración; qué ley prevalece para analizar los efectos de la misma, si la del Estado competente para la sucesión o la de la declaración; o las obligaciones de comunicación de la existencia de la declaración. La última de estas resoluciones, la sentencia del TJUE de 27 de marzo de 2025¹² es una decisión especialmente interesante para reflexionar sobre el valor de dicha declaración antes de la comunicación al tribunal competente y cuál es el tribunal que debe estudiar los efectos de una declaración realizada extemporáneamente, si el tribunal de la residencia del declarante o si el tribunal competente para conocer del fondo de la sucesión.

⁸ Sobre esta interpretación práctica en resoluciones anteriores del TJUE, *vid.* I RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, “De nuevo sobre el régimen específico de renuncia a la herencia en el Reglamento (UE) 650/2012”, en *La Ley Unión Europea* n° 115, junio 2023, pp. 1-9.

⁹ Se puede consultar un excelente estudio sobre los distintos aspectos de la ley aplicable a las sucesiones en los distintos aspectos que el Reglamento prevé, determinación, ámbito, los pactos sucesorios, la forma, en I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, “La ley aplicable a las sucesiones mortis causa en el Reglamento (UE) 650/2012”, *InDret* 2/2013, pp. 1-58.

¹⁰ Y el considerando señala bien claro que pueden realizar estas declaraciones ante cualquier tipo de autoridad de dicho Estado miembro que sean competentes para recibir declaraciones en virtud de su Derecho nacional.

¹¹ *Vid.* A BONOMI Y P. WAULETET, “Article 13”, en *Le droit européen des successions*, 2.ed. Bruylant, Bruselas, 2016.

¹² Caso *Lawida*, asunto C 57/24, ECLI ECLI:EU:C:2025:217.

II. El debate entre principios: el valor del foro especial

1. Los hechos del proceso

7. El procedimiento se inicia tras el fallecimiento de ZJ con residencia habitual en Alemania. Este hecho es indubitado en el procedimiento y ninguna de las partes, ni el tribunal que inicia la cuestión prejudicial¹³, ni las partes participantes en el procedimiento, lo pusieron en duda¹⁴, aunque el órgano jurisdiccional remitente no disponía de información acerca de si se ha sustanciado ante los citados tribunales algún procedimiento relativo a la herencia del causante mencionado¹⁵. BA, menor de edad con residencia habitual en Polonia, y relacionada familiarmente con ZJ, renuncia a sus derechos hereditarios a través de BR, su representante legal, pero en plazo extemporáneo por la existencia de un error de cálculo de BR. En el derecho polaco el plazo para realizar esta renuncia es de seis meses desde la fecha en que el heredero tuvo conocimiento de su llamamiento a la sucesión¹⁶. La consecuencia de dicha falta de declaración del heredero es que se supone la aceptación de la herencia a beneficio de inventario. Sin embargo, el Código polaco también prevé que, si la aceptación o renuncia se realizan por error o bajo coacción, se aplicarán las disposiciones relativas a los vicios del consentimiento, y se podrá solicitar ante un órgano judicial “la anulación de los efectos jurídicos de la declaración” y para ello “el heredero deberá declarar simultáneamente si y cómo acepta la herencia o si renuncia a ella”¹⁷. Como vemos, el propio derecho civil polaco prevé una “cláusula de escape” a los efectos negativos de las declaraciones extemporáneas que no es en absoluto compleja o difícil de ejecutar¹⁸.

8. Como consecuencia de esa omisión, a BA se le aplicaron en Polonia los efectos jurídicos establecidos en el Código Civil polaco para los casos de ausencia de declaración en plazo: la aceptación tácita de la herencia a beneficio de inventario. Para evitar estos efectos, y la aplicación de la cláusula de escape del derecho polaco, BA, representada por BR, solicitó al tribunal de distrito de Gliwice, Polonia, que, a pesar de la falta de presentación en plazo de esa declaración, y toda vez que el derecho polaco lo permitía, ratificase la anulación de los efectos jurídicos de sus derechos sucesorios¹⁹. El tribunal de primera instancia denegó la solicitud, lo que fue recurrido ante el Tribunal Regional de Gliwice, Polonia.

9. Es este segundo tribunal de apelación el que presenta la cuestión prejudicial. En la misma se duda sobre el término del artículo 13 del Reglamento, “conocer” de la manifestación de renuncia y su extensión y alcance, toda vez que el artículo prevé que el tribunal de la residencia habitual de quien renuncia debe conocer de dicha manifestación y no se pronuncia por la realización de ninguna otra actuación procesal. Y nosotros añadimos que si interpretamos el artículo junto al considerando 32 la actividad del tribunal que recibe la comunicación es aún más pasiva, ya que establece que es la persona interesada la que debe comunicar al tribunal de la residencia habitual del causante dicha renuncia. En tal situación el tribunal es mero receptor de la comunicación sin que se haya previsto ningún medio de comunica-

¹³ Procedimiento iniciado por el Tribunal Regional de Gliwice, Sala III, de Recursos de lo Civil, Polonia mediante escrito de interposición de cuestión prejudicial de 26 de enero de 2024. *Vid* en <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=284125&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=4002865>.

¹⁴ Presentaron alegaciones u observaciones la Comisión Europea, el 14-4-24, la República Checa el 21-5-24 y la propia Polonia, el 28-5-24.

¹⁵ Página 6, apartado 19 del escrito de interposición de la cuestión prejudicial.

¹⁶ Artículo 1015 del Código Civil polaco.

¹⁷ Artículo 1019 apartado primero.

¹⁸ Esta resolución ha sido magníficamente analizada por I. MERINO CALLE, “La competencia judicial limitada en sucesiones transfronterizas: análisis de la sentencia del TJUE de 27 de marzo de 2025, c-57/24, Ławida”, en *Revista de Jurisprudencia de Derecho Internacional Privado (RJDipr)*, n° 2, 1º semestre 2025, pp. 108-116.

¹⁹ Para ello solo alegó que este incumplimiento se debió a un error en el cálculo del plazo para ejercer dicha opción sucesoria, no ningún otro elemento más que le impidiese haber realizado la declaración en plazo. Con ello, en su opinión, se acogía a la posibilidad del código civil polaco de haber realizado la manifestación “por error o bajo coacción”.

ción entre tribunales²⁰. Así las cosas, el tribunal consulta básicamente si es competente para analizar la aplicación del derecho polaco a los efectos de la falta de manifestación en plazo de dicha renuncia, o si esta segunda actuación procesal en la que se le solicita que ratifique la anulación de las consecuencias jurídicas de la falta de presentación en el plazo de tal declaración ha de ser competencia del tribunal de la residencia habitual del causante, competente en los aspectos de fondo de la sucesión²¹. La duda parece pertinente. ¿Una vez recibida la primera declaración el tribunal de la residencia del declarante no puede llevar a cabo ninguna actuación más? ¿Podría desarrollar esta segunda actuación procesal de recibir según su derecho nacional, la solicitud de anulación de dicha declaración

2. Problemas planteados, y por plantear, ante el TJUE

10. Varios son los problemas que se nos plantean con esta única cuestión prejudicial. Algunos los dejamos citados anteriormente. El primer gran problema, central, es el de la extensión y contenido del concepto del artículo 13, “conocimiento” de la declaración²². Nosotros consideramos que en esta primera duda subyacen dos conflictos. El primero, el régimen legal y valor concreto de dicha declaración antes de su comunicación al tribunal competente para conocer de la sucesión, esto es: ¿qué ocurre una vez hecha la declaración? La misma tiene que tener efectos prácticos, pero el precepto no nos aporta ninguna solución y el considerando remite al heredero la responsabilidad de la comunicación. Pero no afirma cuál es su valor para el procedimiento, su virtualidad o el régimen jurídico de dicha declaración tras ser realizada y antes de llegar al tribunal competente. Y, por todo ello, el tribunal competente para estudiar la extensión y contenido de dicha declaración²³ y sus competencias, si solo puede trasladar la comunicación y nada más, o si puede llevar a cabo alguna actuación vinculada a la misma²⁴.

11. El Tribunal polaco se decanta inicialmente por la posición más conservadora, la interpretación más pasiva²⁵. Considera que la petición de anulación de los efectos ya no es una acción de “conocimiento” de su manifestación, sino de las consecuencias finales en la sucesión de la falta de declaración en plazo, lo que afecta al fondo de la decisión, competente en el caso de los tribunales alemanes²⁶.

²⁰ Lo que ha sido fuertemente criticado por la doctrina que ha estudiado este artículo, como en el caso de I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, “De nuevo sobre el régimen...”, *ob. cit.* p. 7, que incluso señala que solo implementando un mecanismo de cooperación entre autoridades para comunicar esta declaración “se podrá dar verdadero cumplimiento al objetivo de facilitar la vida de los herederos que residen habitualmente en otros Estados miembros”.

²¹ Así, la pregunta prejudicial fue: ¿Debe interpretarse el artículo 13 del Reglamento [n.º 650/2012] en el sentido de que dicho artículo no resulta aplicable a un supuesto en el cual, a efectos de la validez de una declaración de renuncia a la herencia, sea necesaria, de conformidad con las normas del Estado miembro de la residencia habitual de la persona que efectúa la declaración, además de la simple recepción de esa declaración, su ratificación por un órgano jurisdiccional, por ejemplo, cuando la declaración se realice una vez expirado el plazo establecido a tal efecto?

²² “...serán competentes para conocer de esas declaraciones cuando, con arreglo al Derecho de dicho Estado miembro, las mismas puedan hacerse ante un tribunal”.

²³ En palabras de la profesora Merino, “la tensión interpretativa sobre el alcance del artículo 13: ¿está limitado a actos declarativos (mera recepción), o incluye también actuaciones jurisdiccionales activas, como la validación extemporánea de una renuncia?”. *Vid.* I. MERINO CALLE, “La competencia judicial limitada...”, *ob. cit.*, p. 113.

²⁴ La interpretación más pasiva lleva a considerar que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la residencia habitual de la persona que efectuó la declaración de renuncia a la herencia son competentes únicamente para conocer de tales declaraciones y no para ningún otro efecto más de la misma. Solo conocerla y ni siquiera trasladarla. Actuar casi de mero notario que recibe la declaración. La más activa nos llevaría a considerar que también podría analizar aspectos más procesales de la misma, como los aquí tratados.

²⁵ Páginas 6 y 7, apartados 22 y 23 del escrito de interposición de la cuestión prejudicial. Se apoya para ello en la posición del Abogado General en sus conclusiones presentadas el 20 de enero de 2022 en el caso T. N., N. N., puntos 38 y 39, que citaremos y estudiaremos más adelante. Se basa en las conclusiones del AG porque el Tribunal de Justicia, en la sentencia de 2 de junio de 2022 (C-617/20), no se refirió a esta postura, puesto que esta no era objeto de la cuestión prejudicial planteada en el asunto C-617/20.

²⁶ El tribunal polaco sigue las conclusiones del Abogado General cuando consideró que el artículo 13 debe interpretarse en el sentido de que no resulta aplicable cuando las declaraciones de los interesados produzcan determinados efectos jurídicos previstos en la ley aplicable a la sucesión. Si para ello el órgano jurisdiccional debe realizar actuaciones que excedan de la mera recepción de tales declaraciones, como, por ejemplo, dictar una resolución o iniciar un procedimiento distinto del procedimiento de sucesión, la competencia no corresponde al tribunal de la residencia habitual del declarante, sino al de la sucesión, esto es, la del fallecido.

12. Para el tribunal polaco la propia doctrina del TJUE, en su sentencia de 21 de junio de 2018 en el caso *Oberle*²⁷, señala que esta solución pondría en duda el cumplimiento de la finalidad del artículo 13, que es la de simplificar los trámites de los herederos y de los legatarios, y no exigirles que en todo caso deban participar en un proceso en Estado que no fuese de su residencia habitual. Además, los herederos han de poder probar fácilmente su cualidad de tales o sus derechos o facultades para una tramitación rápida, ágil y eficiente de la sucesión con repercusión transfronteriza en la Unión Europea. Por ello, el tribunal estima que una lectura del precepto acorde a su finalidad, debería permitir conocer no solo las actuaciones relacionadas con la recepción de la declaración mencionada en dicho artículo, sino también otras actuaciones atribuidas a esos tribunales en un procedimiento de sucesión, incluida la ratificación por estos de la anulación, solicitada por el heredero, de los efectos jurídicos derivados de la falta de presentación en el plazo requerido, de una declaración de renuncia a la herencia²⁸.

13. La segunda duda que creemos que plantea la cuestión, aunque no haya sido citada expresamente por el Tribunal, es la del alcance del artículo 28 del Reglamento sobre la ley aplicable a dicha declaración y la solución a aplicar en el caso de que ambas normas contengan disposiciones diferentes²⁹. Como citamos, el artículo 28 establece que la declaración debe ser válida, alternativamente, según la ley del Estado miembro competente para la sucesión o la del Estado miembro de la residencia del heredero declarante³⁰. Varias preguntas trascendentales subyacen en el debate: ¿Cuál es el criterio que debemos aplicar para fijar qué ley prevalece para analizar los efectos de la declaración? ¿No tiene valor en el proceso a estos efectos que la declaración aún no haya llegado a conocimiento del tribunal competente? ¿Es intrascendente que, como ocurre en este procedimiento, no sepamos si quiera si se ha iniciado un procedimiento en el Estado competente?

14. Para esta valoración es esencial el artículo 23.2 letra e) del Reglamento que señala que las condiciones y efectos de la aceptación o renuncia de la herencia o del legado, en cuanto a su validez material, se regirán por la ley sucesoria, conforme al del Reglamento de Sucesiones. La ley aplicable al fondo de la sucesión regulará la transmisión a los herederos y, en su caso, a los legatarios, de los bienes, derechos y obligaciones que integren la herencia, incluidas las condiciones y los efectos de la aceptación o renuncia de la herencia o del legado. Pero, ¿y si aún la sucesión no se ha abierto? ¿Y si aún el tribunal no ha conocido la existencia o no de la aceptación o la renuncia?³¹.

²⁷ Asunto C 20/17, ECLI:EU:C:2018:485.

²⁸ Páginas 7 y 8, apartado 28 del escrito de interposición de la cuestión prejudicial. Esta interpretación también cumpliría, según el órgano jurisdiccional remitente, la finalidad del Reglamento contenida en su considerando 7, facilitar el buen funcionamiento del mercado interior suprimiendo los obstáculos a la libre circulación de aquellas personas que desean ejercer sus derechos en situaciones de sucesión mortis causa con repercusiones transfronterizas.

²⁹ Hay otra duda respecto al contenido del artículo, la de quién debe comunicar la declaración, pero creemos que la misma no se relaciona directamente con el supuesto analizado, o al menos no surgió en el mismo. Esta duda ya ha sido resuelta por el TJUE en su sentencia de 30 de marzo de 2023, caso M. Ya. M que analizaremos brevemente en el epígrafe III.2 de este trabajo al que nos remitimos.

³⁰ Debemos destacar que ningún considerando se ocupa de esta alternatividad y de cuál es la solución cuando las normas son diversas. Solo el considerando 67, cuando trata del certificado sucesorio europeo, que no de la ley aplicable a la declaración, manifiesta que la finalidad del Reglamento siempre es facilitar el buen funcionamiento del mercado interior suprimiendo los obstáculos a la libre circulación de aquellas personas que desean ejercer sus derechos en situaciones de sucesión mortis causa con repercusiones transfronterizas.

³¹ Debemos destacar que en el derecho polaco la relación entre declaración manifestación de la renuncia en plazo y la anulación de sus efectos tiene una relación muy directa. El artículo 1015 del Código Civil establece la posibilidad de esta limitación de responsabilidad en 6 meses y la aceptación a beneficio de inventario en caso de no efectuarla. Y el 1019 apartado 2 prevé que la falta de declaración o declaración extemporánea por error -lo que ocurre en este supuesto- pueda no tener efectos negativos de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario si es subsanada, exigiendo el apartado 3 que dicha subsanación se deba realizar ante un tribunal. Creemos que esta exigencia ha de ser valorada en el presente supuesto.

III. El foro general versus el foro especial de aceptación o renuncia

1. La residencia habitual como criterio del foro general y del foro especial de aceptación o renuncia

15. El foro general del Reglamento de sucesiones es el de la residencia habitual del fallecido. Este se configura como la piedra angular sobre la que se asienta la competencia y la ley aplicable en las sucesiones intestadas. El principio general establece que, si una persona fallece sin haber realizado testamento con residencia habitual en un Estado miembro de la Unión Europea, la competencia la asumen los tribunales de su residencia habitual, sin que se deban aplicar el resto de foros³². Por otro lado, en las sucesiones testadas el RES presenta distintas opciones en los artículos 5 a 9: la elección unánime por los herederos de la competencia del Estado miembro de la ley elegida, o la abstención, solicitada o no, del tribunal de la residencia habitual para conocer del procedimiento³³. Como hemos citado, en el caso *Lawida* ninguna parte puso en duda la residencia habitual del causante, y entró en juego el ya citado foro especial de aceptación y renuncia. Veamos la posible relación entre ambos.

16. El criterio se aplica tras la evolución de los trabajos previos tanto de la Unión Europea como de la Conferencia de la Haya en el ámbito del derecho de familia y sucesiones, en el que la residencia habitual se configura como un criterio de gran importancia para fijar la competencia judicial internacional. El Reglamento, al igual que los Convenios de la Haya y sus antecesores en derecho de familia, no aporta una definición legal de residencia habitual³⁴, aunque creemos que quizás hubiese sido oportuno aportarla³⁵. Sin embargo, ya se ha destacado en varias ocasiones que el Reglamento sí hace algo por primera y única vez en el derecho europeo, y es incluir en sus considerandos 23 y 24 qué criterios se deben valorar para fijar la residencia habitual teniendo siempre en cuenta su naturaleza fáctica³⁶ y la evaluación general de las circunstancias de la vida del causante.

17. Debemos destacar que hace 10 años, cuando se empezó a aplicar el Reglamento, se plantearon las dificultades que podrían tener los Tribunales para definir la residencia habitual de los fallecidos en las sucesiones europeas. En especial en la residencia de ciudadanos del norte que pasan sus últimos años en los Estados miembros del sur por sus condiciones climáticas³⁷. Estos casos los analizó con maestría el profesor Carrascosa³⁸ y, debemos destacar que, tras 10 años de aplicación del Reglamento, la conflictividad sobre el mismo ha sido ciertamente reducida, y la aprobación de estos criterios ha sido un absoluto acierto.

18. Debemos afirmar algo que hasta el momento no se ha destacado por la doctrina ni han analizado los tribunales. Estos criterios que se aplican a la residencia habitual del causante para concretar la competencia del foro general son los mismos que se deben aplicar al conocimiento de la residencia

³² Sobre la importancia de la residencia habitual para determinar la competencia judicial internacional en las sucesiones, vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Reglamento sucesorio y residencia habitual del causante”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2016), Vol. 8, N° 1, pp. 47-75.

³³ Se puede consultar un trabajo específico sobre esta competencia en la monografía de M. ÁLVAREZ TORNÉ, *La autoridad competente en materia de sucesiones internacionales. El nuevo Reglamento de la UE*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

³⁴ Es muy evidente que esta es una clara opción voluntaria del legislador que estima que este concepto fáctico se debe configurar caso a caso. Si lo hubiese querido hacer podría haberla incluido en el artículo 3, en el que define otros conceptos. Igual opina J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial... *ob. cit.*”, p. 26.

³⁵ No es el objeto de este trabajo, pero ya lo dejamos citado en: L. A. PÉREZ MARTÍN, “Propuesta de un concepto europeo de residencia habitual en el derecho de familia internacional”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, T. XVIII, 2018, pp. 469-498.

³⁶ Sobre los fundamentos romanísticos de esta residencia habitual, vid. C. LÓPEZ RENDO y M. J. AZUSTRE, “Sumisión y residencia habitual en el Reglamento Europeo de Sucesiones, fundamentos romanísticos”, *Revista Internacional de Derecho Romano*, abril 2020, pp. 150-265, p. 250.

³⁷ Vid. L. A. PÉREZ MARTÍN, “Efectos del Reglamento europeo de sucesiones en las sucesiones intestadas en situaciones de residencia temporal alternativa en diferentes países”, en *Autonomía e heteronomía no Direito da Família e no Direito das Sucessões*. Almedina. Coimbra. 2016, pp. 537-555.

³⁸ Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual...”, *ob. cit.*, pp. 71-75.

habitual de los interesados en la aceptación o renuncia, que será diferente a la del causante. Para una interpretación integral y coherente del reglamento son esos criterios los que se deben valorar. Y será de la valoración de los mismos criterios aplicados a las distintas situaciones de facto que vivan causante y herederos de las que derivaremos que ambos tienen distintas residencias habituales, Y ahí será el momento en el que entre en juego el artículo 13 del RES.

2. Mayor conflictividad del foro de la renuncia que del foro general

19. Pues bien, tras 10 años de aplicación del Reglamento, en las sentencias dictadas para resolver asuntos vinculados al concepto de residencia habitual en el Reglamento por el TJUE, la aplicación del artículo 13 ha provocado una mayor conflictividad que la del artículo 4 del foro general³⁹. De 6 casos sobre la competencia internacional en temas de sucesiones del Reglamento que ha dictado el TJUE, una ha sido sobre el artículo 4, una sobre el artículo 10 de la competencia subsidiaria, una para aplicar el artículo 22 de la ley aplicable y 3 en la aplicación del artículo 13. La mitad de las controversias resueltas por el TJUE corresponden al artículo 13, lo que da una idea clara de la complejidad y deficiente redacción del mismo.

20. La única resolución en la que se estudió dónde se encontraba la residencia habitual de una persona para fijar la competencia general, fue la Sentencia de 17 de julio de 2020⁴⁰. Y esta determinación no fue el objeto central del proceso. En el supuesto⁴¹, el Tribunal recuerda que la determinación de la residencia habitual de la fallecida es el elemento previo y esencial para concretar si estamos ante una sucesión de carácter transnacional, y por ello, dentro del ámbito de aplicación del Reglamento⁴². En un interesante estudio del concepto autónomo de residencia habitual en el ámbito de las sucesiones señala que la residencia habitual de la persona fallecida puede establecerse en un lugar diferente al de su última presencia y residencia física si otros elementos de la sucesión citados en sus considerandos 23 y 24 nos llevan a otro Estado miembro. Pero, en todo caso, la residencia habitual de una persona debe ser solo una, sin que pueda considerarse que tenga residencia habitual en varios Estados miembros a la vez, lo que provocaría la fragmentación de la sucesión, ya que la residencia es el criterio inicial tanto para la competencia judicial internacional como para la ley aplicable⁴³. Este es el único caso en el que el TJUE se ha pronunciado hasta el momento para definir la residencia habitual de una persona fallecida⁴⁴.

³⁹ Un trabajo que estudia excelentemente la evolución de esta jurisprudencia a los 5 años de entrada en vigor del Reglamento es el de A. LARA AGUADO, “Claves del Reglamento (UE) 650/2012 a la luz de la jurisprudencia del TJUE: de la especialización a la (in)coherencia a través del mito del principio de unidad y las calificaciones autónomas unívocas”, en *REEI*, núm. 39, junio 2020, PP. 2-67.

⁴⁰ Caso *EE*, asunto C-80/19, ECLI:ECLI:EU:C:2025:217.

⁴¹ Muy brevemente citaremos que, en el supuesto, muere una mujer lituana residiendo en Alemania. En el mismo no hay grandes datos sobre su vida entre Lituania y Alemania, pero sí se cita que la misma residía en Alemania “sin cortar sus lazos con Lituania”. Tanto el actor, su hijo, como su anterior marido, tenían voluntad de que el procedimiento se siguiese en Lituania. En todo caso el análisis sobre la residencia habitual de la causante es muy accidental, toda vez que la competencia podía ser Lituania en aplicación del artículo 5 del Reglamento porque la misma había emitido testamento aplicando la ley lituana.

⁴² Apartado 36 de la resolución.

⁴³ Apartado 41 de la resolución.

⁴⁴ Por este hecho aclaramos que, sobre la solución práctica final, el caso no se pronuncia sobre dónde estaba esa residencia. No tenemos todos los datos fácticos, muy escuetos en la resolución, en las conclusiones del Abogado General y el documento de inicio del procedimiento. En las conclusiones del Abogado General sí se describió que la madre se trasladó a residir a Alemania con su esposo junto a su hijo, *EE*, cuando este era menor de edad, aunque sin señalar el año del traslado. Tras esto, la madre eleva testamento en 2013 y fallece tras 2015 y el hijo protagoniza el procedimiento tras el fallecimiento de su madre y ya es mayor de edad a partir de 2017, por lo que parece que vivieron varios años en Alemania antes de fallecer la madre. Tenía un inmueble en Lituania y “no había cortado sus lazos” con dicho país según la resolución, sin que se haya concretado qué significa esa frase y qué lazos mantenía. A pesar de esta frase, en principio parece evidente que su residencia habitual estaba en Alemania, a donde se había trasladado, residía, y donde murió. En todo caso, como citamos anteriormente, había hecho testamento aplicando la ley lituana, por lo que la competencia podía ser Lituania aplicando el artículo 5 del RES.

21. Frente a este único procedimiento en aplicación del artículo 4, otros dos analizaron la residencia habitual para aplicar los artículos 10 y 22. Sobre el artículo 10, la STJUE de 7 de noviembre de 2024⁴⁵ resuelve en qué momento se debe analizar la existencia de los bienes para analizar la competencia subsidiaria, concluyendo que este momento no es el del momento del ejercicio de la acción ante los tribunales, sino el del momento del fallecimiento⁴⁶. Por otro lado, en el procedimiento que estudia la aplicación del artículo 22, la Sentencia de 12 de octubre de 2023⁴⁷, afirma que, en su aplicación un nacional de un tercer Estado que reside en un Estado miembro de la Unión Europea puede designar como ley que habrá de regir su sucesión en su conjunto la ley de ese tercer Estado, sin limitaciones. Respecto a la existencia de convenios bilaterales entre el Estado miembro y el tercer Estado de la nacionalidad del causante, el artículo 75 se debe interpretar en el sentido de que no se opone a que, cuando un Estado miembro de la Unión ha celebrado con un tercer Estado, antes de la adopción de este Reglamento, un convenio bilateral que designa la ley aplicable en materia de sucesiones y no prevé expresamente la posibilidad de designar otra, un nacional de ese tercer Estado que reside en tal Estado miembro no pueda designar como ley que habrá de regir su sucesión en su conjunto la ley de dicho tercer Estado⁴⁸.

22. Frente a tres resoluciones sobre otros temas, otras 3 han tenido que resolver la complejidad que ofrece el artículo 13. Toda vez que serán estudiadas con más detenimiento en nuestro epígrafe IV, aquí solo las citaremos muy brevemente para situar al lector en el inicial debate que provocan. La STJUE de 2 de junio de 2022⁴⁹ estudia la relación entre los artículos 13 y 28 y los requisitos de forma de la declaración relativa a la renuncia a la herencia que deben ser los del tribunal de la declaración de residencia del heredero, no los de la ley aplicable a la sucesión⁵⁰. Por su parte, la STJUE de 30 de marzo de 2023⁵¹ analiza quién está legitimado para comunicar la renuncia, y concluye que no solo la persona que hace la manifestación de aceptación o renuncia, sino que la puede comunicar cualquier otro heredero interesado⁵². La tercera resolución es la aquí analizada, la sentencia de 27 de marzo de 2025.

23. Frente a estas tres resoluciones sobre el foro especial de renuncia o aceptación de las herencias, las sentencias sobre la residencia habitual en temas que afectan a menores son mucho más numerosas por su especial naturaleza, motivando seis resoluciones⁵³, y una sobre temas matrimoniales⁵⁴. Estas resoluciones confirman algunas de las posiciones del TJUE sobre la residencia habitual. En esencia que estamos ante un concepto autónomo de derecho europeo, que el concepto se acerca siempre al del centro de vida e intereses de la persona objeto del proceso, que los criterios para concretarla son diferentes

⁴⁵ Caso *LS-PL*, asunto C-291-23, ECLI:EU:C:2024:938.

⁴⁶ Es el supuesto de un ciudadano doble nacional alemán-egipcio que muere residiendo fuera de la UE con algunos bienes en Alemania y los posibles herederos en ambos Estados.

⁴⁷ Caso *OP*, asunto C-21/22, ECLI:EU:C:2023:766.

⁴⁸ Es un supuesto muy específico de una ciudadana ucraniana que reside en Polonia, y hace estamento residiendo en Polonia, pero aplicando la ley ucraniana. La especialidad de este proceso es la existencia del Convenio entre la República de Polonia y Ucrania sobre Asistencia Judicial y Relaciones Judiciales en Materia Civil y Penal, de 24 de mayo de 1993.

⁴⁹ Caso *TN*, asunto C-617/20, caso TN, ECLI:EU:C:2022:426.

⁵⁰ Se estudian los efectos de una declaración de renuncia a la herencia realizada en Países Bajos, lugar de residencia de los sobrinos del causante y comunicada en los tribunales competentes para conocer de la sucesión por ser los de la residencia del fallecido. La renuncia, realizada cumpliendo los aspectos de forma del derecho neerlandés no cumplía en su presentación los requisitos formales del derecho alemán. En concreto la traducción o la aportación de los originales.

⁵¹ Caso *M. Ya. M.*, asunto C-651/21, ECLI:EU:C:2023:277.

⁵² En el procedimiento, el actor, M. Ya. M., nacional búlgaro, que afirmaba ser el heredero de su abuela, M. T. G., nacional búlgara fallecida en Grecia el 29 de marzo de 2019, presentaba ante el Tribunal de Primera Instancia de Sofía, Bulgaria, órgano jurisdiccional remitente, una solicitud de inscripción de la declaración relativa a la renuncia a la herencia efectuada por otro heredero, a saber, el cónyuge de la causante. La sucesión también tenía otros aspectos de interés, pero los citaremos posteriormente.

⁵³ Son las STJUE; 2 abril 2009, caso A, asunto C-523/07, ECLI:EU:C:2009:225; 22 diciembre 2010, caso *Mercredi*, asunto C-497/10, ECLI:EU:C:2010:829; 9 octubre 2014, caso *M*, asunto C-376/14, ECLI:EU:C:2014:2268; 8 junio 2017, caso *OL*, asunto C-512/17, ECLI:EU:C:2017:436; 28 junio 2018, caso *HR*, asunto C-512/17, ECLI:EU:C:2018:513; 17 octubre 2018, caso *UD*, asunto C-393/18, ECLI:EU:C:2018:835.

⁵⁴ Caso *IB-FA*, Asunto C 289-20, ECLI:UE:C:2021:955.

según la naturaleza jurídica del derecho que se trate, y que solo puede existir una residencia habitual de las personas, sea menor, matrimonio, cónyuge o causante⁵⁵.

24. En España se han dictado siete resoluciones que han resuelto temas vinculados a la residencia habitual en aplicación del Reglamento de sucesiones. Solo una de ellas resuelve la determinación de la concreción de la residencia habitual para concretar la competencia judicial de los tribunales españoles. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de 31 de mayo de 2022⁵⁶ resuelve dónde tiene la residencia un ciudadano americano con previa residencia en Miami y posterior en Tenerife, aplicando los criterios del Reglamento de duración, regularidad, condiciones y motivos de la estancia en Tenerife. Todos los demás supuestos analizan la residencia habitual para concretar la ley aplicable a sucesiones intestadas. Los citamos muy brevemente. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 27 de febrero de 2024⁵⁷ resuelve la residencia habitual de un galés con residencia habitual en España que había aplicado el derecho galés valorando el registro en España y otros factores. La de la Audiencia Provincial de Málaga de 3 de mayo de 2023⁵⁸ resuelve el supuesto de una canadiense que vive en Torremolinos, pero fallece encontrándose temporalmente en Dubái. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de febrero de 2022⁵⁹ resuelve la residencia habitual de un alemán que vivía en España de forma permanente. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 30 de diciembre de 2020⁶⁰ resuelve la residencia habitual de una francesa que vive en España que se determina sin aportar más dato ni debate jurídico de fondo. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 9 de diciembre de 2019⁶¹ resuelve la residencia habitual de un británico establecido de facto en España, aunque su domicilio siguiese estando en el Reino Unido. Por último, el auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de septiembre de 2024⁶², confirma la residencia habitual de un ciudadano en Miami, sin mayor debate.

3. Derivadas prácticas

25. Antes de entrar en el análisis concreto de fondo de la doctrina del TJUE de la Sentencia de 27 de marzo de 2025, señalaremos que este relato de la conflictividad de la aplicación del Reglamento de sucesiones respecto a la concreción de la residencia habitual de las personas nos sitúa ante el gran valor de la aprobación de los considerandos del Reglamento que fijan los criterios a aplicar. No podemos afirmar de forma absoluta por qué los juzgadores no han tenido dudas sobre dónde estaba la residencia habitual en cada uno de los conflictos sucesorios transnacionales, pero el único factor diferencial con el resto de reglamentos europeos es la cita en los considerandos de los criterios para concretarla. En nuestra opinión esa es la clave de bóveda: que el operador jurídico sepa qué criterios aplicar al caso que analiza y cómo fijar sus datos fácticos y que exista seguridad jurídica tanto para las partes, como para sus asesores, como para los tribunales.

26. Las conclusiones prácticas del estudio de toda esta jurisprudencia nos demuestra que de los tipos de conflicto surgidos hay muy pocos para determinar cuál es la residencia habitual del causante a efectos de fijar la competencia de un Estado miembro u otro⁶³. En estos supuestos el principal debate no

⁵⁵ El TJUE ha resuelto más resoluciones sobre el Reglamento de sucesiones, como, por ejemplo, entre otras, el tema Orbele sobre la competencia judicial para emitir el certificado sucesorio europeo. Al respecto, *vid.* M.^a JOSÉ CASTELLANOS RUIZ, “Competencia internacional en materia de expedición de certificados sucesorios: a propósito de la sentencia del TJUE 21 junio 2018, Vincent Pierre Orbele, C-20/17”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2020), Vol. 12, N° 1, pp. 473-511.

⁵⁶ ECLI:ES:APTF:2022:1084.

⁵⁷ ECLI:ES:APA:2024:298.

⁵⁸ ECLI:ES:APMA:2023:680.

⁵⁹ ECLI:ES:APM:2022:1770.

⁶⁰ ECLI:ES:APIB:2020:2608.

⁶¹ ECLI:ES:APA:2019:4320.

⁶² ECLI:ES:APM:2024:5056^a.

⁶³ En el TJUE, de 6, solo 1; en las Audiencias provinciales españolas, de 7, solo 1.

es la concreción del foro general del reglamento, ya que habitualmente los tribunales y las partes aprecian claramente su competencia. El elemento de debate esencial es cuál es la residencia habitual para determinar la ley aplicable por los efectos de las diferencias entre sistemas jurídicos con más o menos limitaciones para la sucesión y los problemas de aplicación de las distintas normas que el posible conflicto de orden público puede provocar⁶⁴. Por otro lado, analizaremos en el próximo epígrafe, el artículo 13 si provoca evidentes debates sobre su aplicación práctica.

27. En cuanto a los criterios a aplicar, no se cuestiona que en los Estados miembros se apliquen los criterios del Reglamento, a través del mecanismo de la evaluación general⁶⁵, de forma correcta generalmente, siendo la excepción los tribunales alemanes respecto a la acreditación de la residencia habitual de alemanes que poco antes de morir modificaron su residencia a Estados miembros del sur de Europa⁶⁶. En todo caso este es un debate que excede claramente del objeto de este estudio.

28. Por último, desde una visión práctica, nos atrevemos a señalar que, aplicando correctamente los criterios de los considerandos se podrían resolver adecuadamente los supuestos más complejos con estos principios⁶⁷. Para ello aportamos la posible solución que podrá ser aplicada para conocer la competencia del asunto principal, aplicando el artículo 4, o el del foro especial de la aceptación o renuncia del artículo 13. Si existe una residencia familiar estable y otra temporal laboral, deberá prevalecer la familiar, salvo que el tiempo en la misma sea mínima; si hay residencias alternativas y contemporáneas, el tiempo y el motivo de la estancia y el resto de vínculos personales serán los esenciales para fijar la residencia; las estancias intermitentes cederán antes las estables; quienes hayan modificado su residencia con intención duradera y fallecen al poco tiempo, tendrán la residencia en tal lugar. Quizás los modernos nómadas digitales que no están en ningún lugar de forma mínimamente estable, son los que nos podrían provocar más dudas. Para concretar su residencia habitual se debería analizar en detalle de la vida diaria de cada uno, si bien si viven establemente en un solo lugar prevalecerá ese lugar frente al del Estado de la empresa para la que trabaja⁶⁸.

IV. Doctrina del TJUE sobre la competencia del artículo 13 y su extensión

1. Los dos conflictos básicos del precepto y las dudas que provocan

29. Los distintos procedimientos desarrollados ante el TJUE han puesto sobre la mesa las críticas que los autores ya habían destacado no sólo sobre la deficiente técnica legislativa del artículo, sino también sobre los efectos prácticos del mismo⁶⁹. Para nosotros los principales problemas son los cuatro que señalamos anteriormente: el régimen legal y valor concreto de dicha declaración antes de su comunicación⁷⁰; el tribunal competente para estudiar la extensión y contenido de dicha declaración y las posibles

⁶⁴ Sobre estos problemas de aplicación, y en concreto, entre otros, el orden público, *vid.* J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Problemas de aplicación regulados en el Reglamento sucesorio europeo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2018), Vol. 11, Nº 1, pp. 498-526.

⁶⁵ Sobre este mecanismo, *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El concepto de residencia habitual del causante en el Reglamento sucesorio europeo”, *Barataria*, Nº 19, 2015, pp. 15-35, pp. 26-33.

⁶⁶ Sobre estas resoluciones alemanas, *vid.* C. S. RAPATZ, “EU Succession Regulation: First Decade of Application, Strengths, Challenges, Future Outlooks, National Report, Germany”, (EUSuccess) Project number: 101190611, JUST-2024-JCOO.

⁶⁷ En un evidente ejercicio de simplificación que siempre puede dejar supuestos concretos fuera del presente análisis.

⁶⁸ Sobre los aspectos laborales internacionales de los nómadas digitales, *vid.* D. CARRASCOSA BERMEJO, “Seguridad Social en el teletrabajo internacional postpandémico y en el caso específico del nomadismo digital”, *Labos*, Vol. 4, No. 1, pp. 59-92.

⁶⁹ Sobre las últimas resoluciones dictadas por el propio Tribunal, *vid.* I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, “De nuevo sobre el régimen...”, *ob. cit.* P. 7; I. MERINO CALLE, “La competencia judicial limitada...”, *ob. cit.*, p. 116. Se ha insistido, en especial, en que, si se quiere facilitar la gestión de las sucesiones de los herederos, es imprescindible la existencia de un sistema de cooperación entre autoridades que no le imponga cargar con la obligación de la comunicación. También en la falta de concreción jurisprudencial sobre cómo debe ser realizada la comunicación. O la falta de previsión de un sistema de protección de las personas más vulnerables, como los menores de edad.

⁷⁰ Incluimos lo de “antes de su comunicación” porque es un elemento temporal que nunca se ha tenido en cuenta en este

acciones procesales derivadas de la misma; qué ley prevalece para analizar los efectos de la declaración en la alternatividad del artículo 28, si la del Estado competente para la sucesión o la de la declaración; las obligaciones de comunicación de la existencia de la declaración al tribunal del Estado competente.

30. En el procedimiento la duda esencial planteada es la segunda, la de la extensión del término “conocimiento” de la declaración del artículo 13 y si el mismo permitía al tribunal polaco estudiar la petición de anulación de la primera manifestación o no. El TJUE lo relacionó directamente con el contenido del artículo 28 de forma muy acertada. Este regula la ley aplicable a dicha declaración, estableciéndose un sistema alternativo. La declaración debe cumplir, alternativamente, la ley de la residencia habitual del declarante o la del Estado competente sobre la totalidad de la sucesión. Aquí el Tribunal se debía decantar por la posición más conservadora, o pasiva, en la que el tribunal de la declaración solo la puede recibir y no hacer ninguna actuación procesal más, o por la más activa, en la que sí se podría considerar competente para conocer la segunda petición⁷¹.

31. Sin embargo, creemos que en esta valoración se debe incluir otro aspecto que el tribunal no tuvo en cuenta, aunque lo dejó citado. Este es la relación de la naturaleza de la solicitud de anulación de los efectos de la declaración extemporánea, procesal o material, unida a la situación procesal del procedimiento sucesorio principal a desarrollar en Alemania. Esto es, nos parece a valorar que el proceso principal esté activo o no. Lo deberá indagar el tribunal estatal, pero el resultado final de la posición del TJUE no puede obviar este hecho. A esto le unimos que la persona interesada en la renuncia es una menor. Creemos que este hecho podría haber introducido un matiz interesante en la resolución final que sería de valorar, y nos abriría nuevas preguntas⁷², en especial en relación a la finalidad del artículo 13, la de favorecer la gestión de los derechos sucesorios en las sucesiones internacionales a los herederos residentes en Estado miembro distinto al competente. Lo estudiamos los tres siguientes epígrafes.

2. El elemento básico, la extensión del término “conocer” la declaración

32. Como señalábamos anteriormente, esta es la tercera vez que el TJUE se debe pronunciar sobre el artículo 13. En los tres ha señalado inicialmente su reiteradísima doctrina sobre la interpretación autónoma de conceptos de derecho europeo⁷³ que señala que de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición del Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión de una interpretación autónoma y uniforme que debe buscarse teniendo en cuenta no solo el texto de la disposición, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forme parte⁷⁴.

procedimiento, y que creemos que tiene interés destacarlo y analizarlo. Sobre el ámbito temporal del RES en otros ámbitos de su regulación, *vid.* M REQUEJO ISIDRO, “El tiempo en el Reglamento 650/2012. Ilustraciones de la práctica española”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 70/2, julio-diciembre 2018, Madrid, pp. 127-154.

⁷¹ Porque tal solicitud posterior de anulación de los efectos jurídicos de la falta de presentación en el plazo requerido de la declaración de renuncia a la herencia ya no sería una acción de “conocimiento” de su manifestación, sino de las consecuencias finales en la sucesión de la falta de declaración en plazo, lo que afecta al fondo de la decisión, competente en el caso de los tribunales alemanes.

⁷² Varias preguntas, creemos que trascendentes, subyacen en el debate: ¿Cuál es el criterio que debemos aplicar para fijar qué ley prevalece para analizar los efectos de la declaración? ¿Es intrascendente a estos efectos que la declaración aún no haya llegado a conocimiento del tribunal competente? ¿Es incluso intrascendente que, como ocurre en este procedimiento, no sepamos si quiera si se ha iniciado un procedimiento en el Estado competente?

⁷³ En las Sentencias de 2 de junio de 2022 y de 27 de marzo de 2025 en su apartado 35 en ambas.

⁷⁴ Sobre la interpretación autónoma en el Derecho europeo, entre muchos otros, *vid.* S. SÁNCHEZ LORENZO, “El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 70/2, 2018, pp. 30 y 31; o N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, “La difícil determinación de la residencia habitual del menor en los supuestos de responsabilidad parental”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2021, Vol. 13, N° 2, pp. 819-828, p. 822

33. En la construcción de este concepto autónomo del contenido del artículo 13 y su relación con el resto del Reglamento, la segunda de estas resoluciones tiene un interés lateral para este procedimiento. En su STJUE de 30 de marzo de 2023, ya citada en este trabajo, el Tribunal analiza quién está legitimado para comunicar la renuncia. Concluye que, a pesar de que el apartado final del considerando 32 cite únicamente a quien renuncia⁷⁵, cualquier heredero interesado puede comunicar la renuncia al Tribunal. Esta es la posición que cumple la finalidad del Reglamento de facilitar la vida de los herederos. Es más, la resolución también incide en que la forma en la que se comunica es absolutamente secundaria. Lo importante es que el Tribunal llegue a conocimiento de la aceptación o renuncia⁷⁶. El hecho de que cualquier heredero pueda comunicar la aceptación o renuncia es adecuado, aunque el Tribunal al menos debió concretar algo la forma, siquiera con algún medio con el que quede registro y constancia de dicha comunicación.

34. La primera de estas resoluciones ya estudió la íntima y estrecha relación que existe entre los artículos 13, competencia para la renuncia, y el 28, ley aplicable a dicha renuncia. La misma nos sirve de clara referencia a la línea argumental de la resolución de 27 de marzo de 2025. Esto es así porque estudió los requisitos de la declaración relativa a la renuncia y sus efectos. La renuncia debe cumplir, alternativamente, o la ley del Estado de la renuncia o la del Estado competente para la sucesión. Entre ambas el TJUE se decanta por darle mayor valor a los requisitos de forma de la ley de la residencia del heredero que los de la ley aplicable a la sucesión. Debemos destacar que en dicho supuesto nos encontramos no ante un defecto en el plazo de manifestación de la renuncia y sus consecuencias jurídicas⁷⁷, cuya naturaleza estudiaremos a continuación, sino en aspectos claramente formales, como el requisito de traducción y de originalidad de los documentos⁷⁸.

35. El tribunal destaca⁷⁹ que hay dos posiciones doctrinales en Alemania. La mayoritaria afirma que la validez de tal declaración ante el tribunal competente para pronunciarse sobre la sucesión resulta del mero hecho de que se realice ante el tribunal del Estado miembro de la residencia habitual del heredero. La minoritaria defiende que la declaración relativa a la renuncia a la herencia solo es válida si se transmite en forma y plazo al tribunal competente para pronunciarse sobre la sucesión o, en todo caso, si se pone en conocimiento de este último. Ante esta divergencia el Tribunal concluye que el artículo 28, que establece la validez de las declaraciones si se realizan alternativamente tanto según la ley del heredero como la de la sucesión⁸⁰, permite que, si la declaración cumple las formas de la ley del Estado de la declaración e incumple la del Estado de la sucesión, deba considerarse válida⁸¹.

⁷⁵ “Las personas que se acojan a la posibilidad de hacer declaraciones en el Estado miembro de su residencia habitual deben informar ellas mismas al tribunal o a la autoridad que sustancia o sustanciará la sucesión de la existencia de esas declaraciones dentro de los plazos establecidos por la ley aplicable a la sucesión”. Esta solución ya había sido aportada también por la sentencia de 2 de junio de 2022 que estudiaremos a continuación.

⁷⁶ “En efecto, el objetivo de dicha transmisión es permitir que ese tribunal adquiriera conocimiento de la existencia de tal declaración y la tenga en cuenta al sustanciar la sucesión. A este respecto, carece de pertinencia la forma en que se pone esa declaración en conocimiento de dicho órgano jurisdiccional”. Esta laxitud ha sido criticada por no aportar seguridad jurídica a las partes intervinientes en el proceso. *Vid.* I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, “De nuevo sobre el régimen...”, *ob. cit.* p. 6.

⁷⁷ Recordemos que mediante su única cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 13 del Reglamento n.o 650/2012 debe interpretarse en el sentido de que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que reside habitualmente una persona que desea la anulación de las consecuencias jurídicas de la falta de presentación, en el plazo requerido, de la declaración de renuncia a una herencia son competentes para ratificar tal anulación (apartado 27 de la Sentencia de 27-3-25).

⁷⁸ Se realizaron dos primeras comunicaciones, en neerlandés y sin originales, sobre las que el Tribunal alemán reclamó su subsanación. Tras esto, la traducción al alemán y los originales de las actas expedidas por el tribunal neerlandés únicamente llegaron al órgano jurisdiccional alemán el 17 de agosto de 2020, es decir, una vez expirado el plazo previsto por la ley aplicable a la sucesión (apartado 33 de la Sentencia de 2-6-22).

⁷⁹ Apartados 26 y 27 de la Sentencia de 2-6-22.

⁸⁰ Provocando con ello un fraccionamiento de la sucesión, como se produce en otros ámbitos del Reglamento. Al respecto, N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, “El Reglamento europeo de sucesiones y la ley aplicable a las disposiciones testamentarias: la legítima y la preterición”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIX-XX, pp. 363-389.

⁸¹ Y de forma contundente recoge en su apartado 44 que, “A este respecto, ha de señalarse que, habida cuenta del alcance limitado de la competencia del tribunal al que se refiere el artículo 13 del Reglamento n.o 650/2012, cualquier otra interpreta-

36. Una vez hecha la renuncia, la pregunta aquí formulada es si la segunda acción procesal reconocida por el derecho polaco para evitar los efectos negativos de la declaración extemporánea entra en el término conocer o se excede de ella⁸². Para tomar su postura final, el tribunal diferencia entre los requisitos de forma y de fondo. El artículo 28 del Reglamento regula la ley aplicable a la forma de la declaración, y el artículo 23.2.e) establece que la ley de la sucesión regulará “los efectos de la aceptación o renuncia de la herencia o del legado”. Por ello, la validez material de la renuncia no está regulada por el derecho del Estado de la residencia habitual del heredero, sino por la de la sucesión⁸³ y esas declaraciones son válidas en cuanto a la forma cuando respetan la ley de la residencia del heredero, pero sus efectos en cuanto al fondo deben ser analizados por la ley de la sucesión⁸⁴. Quedan fuera de las cuestiones formales integradas en el artículo 28 del Reglamento de sucesiones aquellas relativas a la titularidad de la opción, el consentimiento y la capacidad del heredero para efectuar la declaración, los efectos de la opción y su carácter revocable o irrevocable, que los regula la ley de la sucesión⁸⁵.

37. Llegados a este punto nos debemos preguntar por la naturaleza jurídica de la renuncia. Si es un aspecto relativo a la forma de la declaración o al fondo. Al respecto, en derecho privado, la declaración de la existencia de un derecho y la renuncia a un derecho son, en principio, cuestiones de fondo, sustantivas, aunque su exteriorización esté sujeta a exigencias formales⁸⁶. En cuanto a la renuncia de derechos hereditarios, que pueden realizarse en perjuicio de los acreedores, es más claramente un acto de fondo, porque implica la extinción voluntaria de un derecho y la modificación del patrimonio jurídico del renunciante⁸⁷. Por ello la validez se estudia en términos de derecho material sustantivo, como aspecto de fondo, no de forma⁸⁸.

38. Por todo ello, el Tribunal concluye que un pronunciamiento del Tribunal que pretenda producir efectos jurídicos que excedan de la mera recepción de una declaración, como la anulación de los efectos jurídicos derivados de la falta de presentación en plazo de esa declaración, entra en la esfera de los efectos de la declaración extemporánea de la renuncia, y por ello en las cuestiones sustanciales de la sucesión y deberán resolverse conforme a la ley que regula la sucesión. Para el TJUE si el tribunal polaco se pronunciase sobre cómo la renuncia afecta al fondo de los derechos sucesorios desplazaría la competencia del procedimiento principal⁸⁹. Para el Tribunal los órganos jurisdiccionales del Estado

ción que pretenda limitar la validez en cuanto a la forma de una declaración relativa a la renuncia a la herencia, en concreto, supeditándola a los requisitos de forma de la ley aplicable a la sucesión, tendría como efecto privar a las disposiciones de los artículos 13 y 28, letra b), del referido Reglamento de cualquier efecto útil, así como atentar contra los objetivos del mencionado Reglamento y contra el principio de seguridad jurídica”.

⁸² También lo estudió, pero de forma secundaria, por lo que no la analizamos aquí con detenimiento, la sentencia de 21 de junio de 2018, caso *Oberle*, asunto C-20/17, ECLI: EU:C:2018:485, apartado 41.

⁸³ Vid. I. MERINO CALLE, “La competencia judicial limitada...”, *ob. cit.*, p. 114.

⁸⁴ Respecto al fundamento del artículo, Vid. A. BONOMI Y P. WAUTELET, *El Derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) 650, de 4 de julio de 2012*, Thomson-Reuters, Aranzadi, Cizur Menos, 2015, p. 375.

⁸⁵ Vid. A. BONOMI Y P. WAUTELET, A. BONOMI, P. WAUTELET, Article 28. Validité quant à la forme de la declaration concernant a la l’a acceptance, en “Le droit européen...”, *op.cit.*, p. 478.

⁸⁶ En derecho civil se considera un acto de fondo, perteneciente al ámbito del derecho sustantivo, ya que incide sobre la relación jurídica material y no sobre el modo externo de manifestarla. La aceptación de la herencia es una decisión sustantiva que determina la adquisición de la cualidad de heredero (arts. 988 ss. CC). No es una cuestión formal, aunque pueda requerir determinadas formas para producir efectos frente a terceros. Sobre la renuncia a un Derecho hereditario en el derecho español, vid. C. ROGEL VIDE, *Renuncia y repudiación de la herencia en el Código Civil*, Reus, Madrid, 2011, pp. 44.53.

⁸⁷ Artículo 6.2 del Código Civil español: “La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos solo serán válidas cuando no contrarién el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros”.

⁸⁸ La validez de la renuncia se analiza en términos materiales de disponibilidad del derecho, capacidad del renunciante, ausencia de vicios del consentimiento y respeto al orden público y a terceros. Sobre la renuncia de derechos y la buena fe, vid. M. JIMÉNEZ HORWITZ, *Renuncia y repudiación de la herencia en el Código Civil*, Anuario de Derecho Civil, tomo LX, 2007, fasc. II, pp. 513-552.

⁸⁹ Apartado 40: La competencia del artículo 13 no puede abarcar la situación en la que, para que las declaraciones a que se refiere dicho artículo produzcan determinados efectos jurídicos previstos en la ley aplicable a la sucesión, sea necesario que el órgano jurisdiccional deba realizar actuaciones que excedan la mera recepción de una declaración, como, por ejemplo, dictar una resolución o iniciar un procedimiento distinto del procedimiento de sucesión. Ya señalado en el apartado 44 de la STJUE de 2-6-22.

miembro de la residencia del renunciante, no puede iniciar una segunda actividad procesal para anular o no esa renuncia, debe únicamente recibir la primera renuncia.

39. Es evidente que esta posición del Tribunal sobre el aspecto de fondo de los efectos de la renuncia busca lograr un equilibrio entre los derechos de los herederos y legatarios, pero también los une a los acreedores⁹⁰. Y la posición del Tribunal es perfectamente lógica y razonable en un esquema conservador del respeto a los derechos de los acreedores. Sin embargo, aquí debemos dar paso a las dudas sobre las que reflexionamos en el siguiente epígrafe. La primera se centra en el efecto del tiempo. En el procedimiento se recogió que no se tenía información sobre si el procedimiento sucesorio se había iniciado o no. ¿Es indistinta en esta situación que el procedimiento hubiese comenzado o no? Por otro lado, es posible que no todos los derechos estatales tengan los mismos requisitos de forma para la manifestación de la renuncia, ni consideren de igual manera en su regulación los efectos de fondo de la declaración de renuncia⁹¹. Creemos que estas dos dudas podrían haber provocado otro tipo de resolución del TJUE, que quizás hubiese servido mejor a la finalidad del Reglamento, lo que analizamos en el siguiente epígrafe.

3. La “otra solución posible”: el efecto del tiempo y el contenido de ley aplicable a la forma y al fondo de la renuncia

40. El primer aspecto que debemos valorar es el efecto del tiempo del inicio del procedimiento principal y de la renuncia. El tribunal no valoró en ningún momento que la actuación del tribunal de la residencia habitual del heredero pudiese llevar a cabo ninguna actuación más, condicionado a si el procedimiento se había iniciado en el Estado competente o no. En su documento de inicio del procedimiento el Tribunal polaco señaló con claridad que no disponía de ningún dato para acreditar si el procedimiento se había iniciado en Alemania, lugar competente para ello por ser el de la última residencia habitual de la causante ZJ a tenor del contenido del artículo 4 del Reglamento⁹². Si la fallecida no emitió testamento eligiendo como ley aplicable la de su nacionalidad, el único Estado competente es Alemania. En este procedimiento, BA es la heredera menor de edad. Si el procedimiento no ha empezado, BA no puede notificar en ningún tribunal su renuncia extemporánea y su voluntad de evitar sus efectos negativos según el derecho material del Estado competente de conocer la sucesión.

41. Creemos que la falta de valoración del inicio o no del procedimiento inicial por parte del Tribunal vulnera la finalidad de los considerandos 7 y 32 del Reglamento, tendente a facilitar la vida a los herederos y legatarios que residan habitualmente en un Estado miembro distinto de aquel en que se sustancia o se sustanciará la sucesión. Esto es así porque, si el procedimiento no se ha iniciado por los herederos interesados en él (nunca lo será quien quiere renunciar a la herencia), quienes quieren renunciar y por error lo hicieron en plazo no pueden emplear las previsiones que el Derecho de los Estados miembros le da para evitar esos efectos. Todo ello hasta que los interesados decidan iniciar el proceso sucesorio según su propia voluntad. Esto les sitúa en una situación de falta de capacidad de defender sus derechos durante todo ese tiempo y de vulneración de sus intereses⁹³. En un asunto en el que, como hemos visto, el elemen-

⁹⁰ Apartado 44; En particular, en el espacio europeo de justicia, es preciso garantizar de manera eficaz los derechos de los herederos y legatarios y de las personas próximas al causante, así como de los acreedores de la herencia (véanse, en este sentido, las sentencias de 1 de marzo de 2018, Mahnkopf, C-558/16, EU:C:2018:138, apartado 35, y de 1 de julio de 2021, Vorarlberger Landes- und Hypotheken-Bank, C-301/20, EU:C:2021:528, apartados 27 y 34).

⁹¹ Como destacó N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, “Ley aplicable a la validez formal y material de la declaración de renuncia a la herencia en el Reglamento europeo 650/2012 sobre sucesiones”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2023), Vol. 15, Nº 1, pp. 991-997, p. 994.

⁹² Página 6, apartado 19, del documento de inicio de la cuestión prejudicial: El órgano jurisdiccional remitente no dispone de información acerca de si se ha sustanciado ante los citados tribunales algún procedimiento relativo a la herencia del causante mencionado.

⁹³ Incluso sin valorar que en este caso estamos ante una persona en ese momento vulnerable, necesitada de protección por ser menor, y que ha visto sus derechos afectados por el error de cálculo de su representante legal. En la doctrina ha destacado esta falta de apreciación de las situaciones de vulnerabilidad I. MERINO CALLE, “La competencia judicial limitada...”, *ob. cit.*, p.

to característico es el paso del tiempo. Creemos que una posible interpretación del Derecho europeo que proteja a los herederos y facilitase su vida sería la de que no se declarase al Tribunal polaco competente para recibir esa declaración si el procedimiento alemán ya hubiese empezado, remitiéndole a BA a la comunicación de la situación al mismo, competente para conocer del fondo. Pero declarando competente al tribunal polaco a “recibir” esa “declaración” de voluntad de renuncia si el proceso alemán no hubiese empezado, remitiendo a las partes a comunicarla al tribunal alemán una vez iniciado el proceso⁹⁴.

42. Para proponer esta posición también valoramos que la regulación del derecho a impedir los efectos jurídicos del incumplimiento del plazo que establece el artículo 1019 del Código Civil polaco, si bien afecta a los aspectos de fondo y son derecho material y por tanto han de ser analizados por el tribunal competente, están directamente relacionados con los requisitos temporales para realizar tal la renuncia. El momento en el que surge el plazo para poder renunciar a la herencia siempre es un hecho fáctico que depende el plazo de la fecha en que el heredero tuvo conocimiento de su llamamiento a la sucesión. Y otorga nuevos derechos que también están condicionados por el tiempo. Por otro lado, respecto a la forma en la que se realiza la renuncia y la posibilidad de evitar los efectos negativos de la falta de manifestación, el BGB otorga un plazo de seis meses en su artículo 1944. Pero también el código civil alemán, al igual que el polaco, prevé esta posibilidad de evitar los efectos negativos de la falta de renuncia, cuando en su artículo 1956, “Evitación de la falta de renuncia a tiempo”, establece que: “La falta de renuncia a tiempo puede evitarse de la misma manera que la aceptación”⁹⁵.

43. Una vez admitida la competencia del tribunal polaco para, en aplicación del artículo 13, recibir también la segunda manifestación de evitar los efectos negativos de la extemporaneidad, y toda vez que las consecuencias de la misma son un aspecto de fondo, las partes deberán comunicar ambas manifestaciones, la declaración de extemporaneidad y su voluntad posterior, al tribunal alemán competente una vez iniciado el procedimiento. Este será el que deba pronunciarse sobre sus efectos respecto al fondo aplicando su ley nacional, acorde al artículo 23.2.e del Reglamento⁹⁶. Esta posición también respetaría los derechos de los acreedores, según lo establecido en el considerando 7 del Reglamento, a los que se les aplicaría la ley del fondo de la sucesión por el tribunal competente para ella para determinar los efectos de dicha renuncia, tal y como la norma prevé, ya que el tribunal polaco no se pronunciaría sobre los efectos de fondo⁹⁷. Esta

115: “En el caso concreto, la heredera afectada era una menor cuya representación fue ejercida erróneamente por su representante legal. La falta de flexibilidad interpretativa por parte del TJUE impide que el tribunal de su residencia habitual intervenga para subsanar el error, obligando a acudir a la jurisdicción alemana. Esta solución puede resultar desproporcionada en términos de carga procesal y coste económico”.

⁹⁴ Defendemos que el Tribunal podría recibir esa segunda acción de nulidad de los efectos de la presentación extemporánea de la renuncia y no pronunciarse sobre los efectos de fondo de la misma, sobre los que no es competente por aplicación del artículo 23.2.e, pero sí sobre si cumplía los requisitos de forma del derecho polaco -tiempo, o tipo de proceso- de esa manifestación, sobre la que sí es competente.

⁹⁵ Al respecto, artículo 1954 del BGB: “Plazo de anulación”, que establece que: (1) Si la aceptación o la renuncia pueden anularse, esta solo podrá efectuarse dentro de seis semanas. (2) En caso de anulación por coacción, el plazo comienza en la fecha en que cesa la situación de coacción, y en los demás casos, en la fecha en que la persona con derecho a anular tiene conocimiento de la causa de anulación. El cómputo del plazo se rige por las disposiciones aplicables a la prescripción de los artículos 206, 210 y 211, con las modificaciones necesarias. (3) El plazo es de seis meses si el causante tuvo su última residencia únicamente en el extranjero o si el heredero residía en el extranjero al inicio del plazo. (4) La anulación queda excluida si han transcurrido treinta años desde la aceptación o la renuncia. El artículo 1955 “Forma de anulación” señala que: La anulación de la aceptación o la renuncia se efectúa mediante declaración ante el tribunal sucesorio. La declaración se rige por las disposiciones del artículo 1945.

⁹⁶ E incluso, en una interpretación aún más cercana a la finalidad del considerando 32 de facilitar la vida a los herederos y legatarios que residan habitualmente en un Estado miembro distinto de aquel en que se sustancia o se sustanciará la sucesión, creemos que el tribunal polaco podría ser competente para recibir dicha manifestación sin pronunciarse sobre sus efectos incluso si el proceso de la sucesión hubiese comenzado ante el tribunal alemán, que sería quien resolvería sobre sus efectos respecto al fondo tras ser notificado por el heredero de ambas manifestaciones. En la práctica es el Tribunal polaco el mejor situado para apreciar si la manifestación de voluntad de evitar esos efectos negativos cumple su derecho.

⁹⁷ Esta recepción de comunicación seguiría siendo lo que el TJUE exige, una acción de conocimiento de la declaración, en este caso de la de solicitud de anulación de los efectos negativos de la falta de renuncia en plazo, sin convertirse en una toma de postura sobre el fondo del valor de dicha declaración porque el tribunal polaco no se pronunciaría sobre ella.

es la posición que respeta los derechos de los terceros acreedores, pero también la finalidad de facilitar la gestión de la sucesión a los herederos⁹⁸.

44. Esta posición más flexible en cuanto a la respuesta a todos los intereses en juego en un ámbito tan complejo como es el de las sucesiones internacionales, también ha sido propuesta anteriormente por la doctrina⁹⁹, que ha defendido ampliar el ámbito de aplicación del artículo 13, permitiendo que los tribunales del Estado de residencia habitual del heredero puedan ejercer funciones más allá de la mera recepción de declaraciones, en casos excepcionales, como en menores, personas vulnerables, errores en los plazos o impedimentos para litigar en el Estado competente¹⁰⁰. En nuestra propuesta se amplía no solo a los casos excepcionales, sino también a los ordinarios, siempre salvaguardando la competencia del Estado competente para conocer de la sucesión.

45. En todo caso esta solución no puede dejar de aportarse sin destacar lo que ya ha hecho la doctrina anteriormente¹⁰¹, y es el hecho de que el Reglamento no haya previsto, ni en su texto ni incluso en sus considerandos, un mecanismo de cooperación entre Estados miembros para transmitir las declaraciones realizadas por los beneficiarios y presuma que el beneficiario será quien realice dicha comunicación. Esta imposición al heredero a que comunique su renuncia es ciertamente difícil de entender, y no responde a la finalidad del considerando 32 de facilitar la vida a los herederos y legatarios que residan habitualmente en un Estado miembro distinto de aquel en que se sustancia o se sustanciará la sucesión.

V. Conclusiones

46. El artículo 13 del Reglamento de sucesiones prevé la existencia de un foro especial para la renuncia o aceptación de la herencia en la residencia habitual del heredero distinta del Estado competente para conocer de la sucesión. El precepto no prevé quién ni cómo debe realizar la comunicación de dicha renuncia al tribunal competente, si bien el considerando 32 sí recoge que la haga el heredero. Su contenido provoca cuatro dudas prácticas iniciales que hemos subrayado en el presente trabajo: el régimen legal y valor concreto de dicha declaración antes de su comunicación al Estado que conoce o conocerá de la sucesión; el tribunal competente para estudiar la extensión y contenido de dicha declaración y las posibles acciones procesales derivadas de la misma; qué ley prevalece para analizar los efectos de la declaración en la alternatividad del artículo 28; las obligaciones de comunicación de la existencia de la declaración al tribunal del Estado competente y su forma.

47. Estas dudas han provocado que el artículo 13 haya sido objeto de la mitad de las resoluciones que el TJUE ha dictado sobre la competencia en el Reglamento de Sucesiones. De 6 resoluciones totales, 3 han versado sobre él. En ellas el Tribunal ha fijado, inicialmente, que, a pesar del contenido del considerando 32 citando solo al declarante, cualquier heredero puede comunicar al tribunal competente la renuncia o la aceptación de la herencia. Respecto a la forma de la comunicación, ha indicado que la misma es irrelevante si el tribunal competente conoce de la misma. El TJUE también ha dado respuesta a la pregunta respecto a las leyes aplicables a la forma. La misma debe cumplir la del Estado en el que se realiza la manifestación y no los requisitos de forma de la ley del Estado competente para conocer la sucesión.

⁹⁸ De hecho, “las dificultades se incrementan cuando el ordenamiento aplicable a la validez formal de la declaración difiere del ordenamiento aplicable a la validez material y la cuestión se encuentra en si declaración debe cumplir los requisitos contemplados en ambos ordenamientos”. *Vid.* N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, “Ley aplicable a la validez formal y material...”, *ob. cit.* p. 997.

⁹⁹ *Vid.* I. MERINO CALLE, “La competencia judicial limitada...”, *ob. cit.*, p. 116.

¹⁰⁰ Sobre la litigación internacional en el ámbito de sucesiones y la importancia de valorar sus costes, *vid.* I. LORENTE MARTÍNEZ, “Competencia judicial internacional y sucesiones internacionales. Costes de litigación y eficacia económica”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2026, Vol. 8, N° 1, pp. 334-342.

¹⁰¹ “*Vid.* I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, “De nuevo sobre el régimen...”, *ob. cit.* p. 7; N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, “Ley aplicable a la validez formal y material...”, *ob. cit.* p. 997.

48. La última sentencia dictada al efecto, la del 27 de marzo de 2025 afirma que el tribunal de la residencia del renunciante únicamente puede recoger dicha renuncia, y en ningún caso, puede hacer ninguna otra actuación procesal. Si la parte, aplicando su derecho nacional, intenta evitar los efectos negativos de una declaración extemporánea por error, toda vez que dicha renuncia es un aspecto de fondo y no de forma de derecho material, el Tribunal de la residencia no puede recibir esa manifestación, y deberá remitir a las partes al tribunal competente para la sucesión, que deberá resolver sobre el fondo aplicando el artículo 23.2.e del Reglamento.

49. Creemos que esta solución no tiene en cuenta los factores temporales ni responde a la finalidad del Reglamento de facilitar la vida a los herederos que residen en Estado miembro distinto del de la competencia sobre la sucesión. Respecto al tiempo, si los herederos interesados en la sucesión no inician el procedimiento en el Estado competente, el heredero que renunció extemporáneamente no puede ejercer sus derechos por la inacción del resto de interesados. Sobre la finalidad, de nada le ha servido al heredero la existencia de un foro especial del artículo 13 si debe participar inexorablemente en el procedimiento principal.

50. La posición que responde a todos los intereses del Reglamento es la de que el Estado de la residencia del heredero sí sea competente para conocer de todas las acciones procesales vinculadas a la aceptación o a la renuncia de la herencia. Este conocimiento no implica en ningún caso pronunciarse sobre el fondo, pero sí poder acoger un procedimiento en el que se intenten evitar los efectos negativos de las declaraciones extemporáneas o de la falta de declaración. Tras estas actuaciones procesales, los interesados deberán comunicarlas todas al tribunal competente que se pronunciará sobre el fondo. Esta es la solución que cumple con la finalidad del precepto según los considerandos 7 y 32 del Reglamento, facilitar la vida a los herederos y legatarios que residan habitualmente en un Estado miembro distinto de aquel en que se sustancia o se sustanciará la sucesión y respetar igualmente los derechos de los acreedores. Todo ello destacando la incongruencia que supone con dicha finalidad no haber previsto un mecanismo de colaboración entre autoridades competentes que comunicase entre ellas las declaraciones de aceptación o renuncia de la herencia.

Alcance del concepto de responsabilidad parental en el RBIIter. Análisis desde la STJUE 6 marzo 2025, c-395/23, Anikovi

Scope of the concept of parental responsibility in the RBIIter. Analysis based on the CJEU Judgment of 6 March 2025, c-395/23, Anikovi

MARÍA JESÚS SÁNCHEZ CANO

Profesora de Derecho Internacional Privado (Universidad San Jorge)
Magistrada Suplente

Recibido: 20.12.2025 / Aceptado: 16.01.2026

DOI: 10.20318/cdt.2026.10314

Resumen: El art.7 RBII ter, como regla general, atribuye competencia judicial internacional a los Tribunales del Estado miembro de la residencia habitual del menor, para conocer de los litigios relativos a la responsabilidad parental con elemento transfronterizo. No obstante, han surgido dudas en relación con la determinación de la noción de responsabilidad parental, motivo por el cual el TJUE ha debido intervenir para precisar dicho concepto. En el presente trabajo se abordará el estudio de la STJUE 6 marzo 2025, C-395/23, Anikovi, en la que se resuelve la cuestión de si la autorización judicial solicitada por cuenta de un menor de edad ruso, que reside habitualmente en un Estado miembro (Alemania), para vender las cuotas en copropiedad de ese menor sobre bienes inmuebles situados en otro Estado miembro (Bulgaria), está incluida en la materia de la responsabilidad parental, y por tanto, si son competentes para otorgar tal autorización los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor reside habitualmente en el momento en el que se acude al órgano jurisdiccional.

Palabras clave: Responsabilidad parental, competencia judicial internacional, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Reglamento Bruselas II ter.

Abstract: Article 7 RBII ter, as a general rule, confers international jurisdiction on the courts of the Member State of the child's habitual residence to hear disputes relating to parental responsibility with a cross-border component. However, doubts have arisen regarding the definition of parental responsibility, requiring the CJEU to intervene to clarify this concept. This paper will examine the CJEU judgment of 6 March 2025, C-395/23, Anikovi, which resolves the question of whether judicial authorization sought on behalf of a Russian minor, habitually resident in one Member State (Germany), to sell his shares in the joint ownership of a property located in another Member State (Bulgaria), falls within the scope of parental responsibility and, therefore, whether the courts of the Member State in which the minor habitually resides at the time the application is filed have jurisdiction to grant such authorization.

Keywords: parental responsibility, international jurisdiction, Court of Justice of the European Union, Brussels II ter Regulation.

Sumario: I. Planteamiento inicial. II. El concepto de responsabilidad parental en el RBII ter y la jurisprudencia del TJUE que lo interpreta. Líneas generales. III. Breve aproximación a los

El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón "Ius Familiae", IP Carlos Martínez de Aguirre Aldaz.

foros de competencia judicial internacional de los arts.7 y 10 del RBII ter. IV. Relaciones entre el Reglamento (UE) 2019/1111 y otros instrumentos internacionales. V. Comentario de la STJUE 6 marzo 2025, C-395/23, *Anikovi*. 1. Antecedentes y cuestiones prejudiciales planteadas. 2. Análisis del fallo. VI. Recapitulación final.

I. Planteamiento inicial

1. Con carácter previo al análisis de la STJUE 6 marzo 2025, C395/23, *Anikovi*, [ECLI:EU:C:2025:142], parece oportuno dejar sentadas una serie de consideraciones que resultan de interés para entender las respuestas que facilita el Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales formuladas por el órgano jurisdiccional remitente en este supuesto concreto sometido a la consideración del TJUE.

2. En este sentido, primeramente, hay que tener presente que, en lo referente a la materia de la responsabilidad parental, la finalidad del Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (en adelante, RBII ter)¹, consiste en asegurar la igualdad de tratamiento de los menores de edad en todo el territorio de la Unión Europea. Ello comporta la necesidad de que el Reglamento se aplique de manera uniforme en todos los Estados miembros de la Unión Europea que participan en el mismo. A tal fin, ya durante la vigencia del derogado RBII bis², el Tribunal de Justicia resaltó que resultaba preciso definir de forma autónoma los conceptos que incorporaba dicho Reglamento conforme al Derecho de la Unión Europea, atendiendo al contexto de la norma en cuestión y al objetivo que la misma pretendía alcanzar³. Todo lo cual, sin que, con objeto de establecer el significado de tales conceptos, se hiciera una remisión expresa a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

3. En segundo término, hay que observar que, principalmente, el presente trabajo se centrará en la noción de responsabilidad parental a los efectos de la aplicación del RBII ter, tal como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia en relación con el anterior RBII bis, cuya doctrina ha sido incorporada al vigente RBII ter. Se trata de un asunto que, como se expondrá, no ha resultado en todo momento pacífico y por esta razón, el TJUE ha debido intervenir, vía cuestión prejudicial, a fin de establecer los elementos a tomar en consideración para concretar dicho concepto. La cuestión no es baladí, puesto que, en algunos casos, como en el examinado por la STJUE 6 marzo 2025, C395/23, *Anikovi*, pueden suscitarse dudas acerca de si el objeto de la disputa entra dentro del ámbito de aplicación del RBII ter o por el contrario, en el caso de no quedar amparado por este Reglamento, para determinar el órgano jurisdiccional del Estado miembro que resulta competente, debe acudir a otro instrumento internacional.

4. Seguidamente, se extraerán las notas principales del concepto de responsabilidad parental, tal como se desprende de la jurisprudencia del TJUE, para a continuación exponer brevemente los criterios para determinar la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental previstos en el RBII ter, así como, muy brevemente, las relaciones entre este Reglamento y otros instrumentos internacionales. Todo ello, con la finalidad de comprender en mayor medida las respuestas que otorga la STJUE 6 marzo 2025, C395/23, *Anikovi*, a las cuestiones prejudiciales planteadas.

¹ DOUE núm. 178, de 2 de julio de 2019. El RBII ter se encuentra en vigor en todos los Estados miembros, excepto Dinamarca, desde el 1 de agosto de 2022.

² Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000, DOUE-L-2003-82188.

³ A este respecto, consúltese la STJUE (Gran Sala) 27 noviembre 2007, (C-435/2006, ECLI:EU:C:2007:714). Esta idea se reitera en otras resoluciones, como, por ejemplo, la STJUE 22 diciembre 2010, C-497/10 PPU, *Barbara Mercredi vs. Richard Chaffe*. (ECLI:EU:C:2010:829).

II. El concepto de responsabilidad parental en el RBII ter y la jurisprudencia del TJUE que lo interpreta. Líneas generales

5. Para delimitar la noción de responsabilidad parental a los efectos del RBII ter⁴, en particular, hay que partir, entre otros, de los Considerandos 11 y 18, así como de los arts.1, apartado 1, letra b), y apartado 2, y 2, apartados 2, 7, 8, 9 y 10 del propio Reglamento⁵. Del mismo modo, también resulta de interés, a los efectos del presente trabajo, lo dispuesto en el Considerando 10 del RBII ter, en tanto que ahonda en cuestiones que quedan comprendidas dentro del ámbito de aplicación del mencionado Reglamento.

6. Así, el Considerando 11 se ocupa del acogimiento transfronterizo, fijando la tipología de acogimientos transfronterizos que quedan incluidos en el ámbito de aplicación del RBII ter⁶. Por su parte, el Considerando 18 define qué debe entenderse por derecho de custodia⁷. Dentro del articulado del RBII ter, el art.1.1. b) establece que el Reglamento se aplica a las materias civiles⁸ relativas la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental. En este punto, debe indicarse que en art.1.1.b) del RBII bis se dejaba sentado que el Reglamento se aplicaba con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional⁹.

⁴ Para una información más completa en relación con el RBII ter, Vid. E. CASTELLANOS RUIZ (DIR.) / M.^a J. CASTELLANOS RUIZ (COORD.), *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.

⁵ Vid. *Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II ter*, Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2023. Puede consultarse en el siguiente enlace: <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/ff34bda5-ea90-11ed-a05c-01aa75ed71a1>.

⁶ En concreto, atendiendo al Considerando 11, el RBII ter ampara cualquier tipo de acogimiento del menor en un hogar de acogida, según el Derecho y los procedimientos nacionales, por una o más personas, o en una institución —un orfanato o en un centro de acogida de menores—, en otro Estado miembro. Ello, salvo exclusión expresa, como es el caso, del acogimiento con vistas a la adopción. Además, el Reglamento contempla los “acogimientos educativos” ordenados por un órgano jurisdiccional o concertados por una autoridad competente con el acuerdo de los progenitores del menor o a petición de estos como consecuencia de un comportamiento anómalo del menor. Por el contrario, queda excluido de este Reglamento el acogimiento, ya sea educativo o punitivo, que traiga causa de un acto del menor que, de haber sido cometido por un adulto, podría ser constitutivo de delito con arreglo al Derecho penal nacional.

⁷ El Considerando 18 del RBII ter es del siguiente tenor literal: “*A efectos del presente Reglamento, se debe considerar que una persona tiene «derechos de custodia» cuando, con arreglo a una resolución, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos en virtud del Derecho del Estado miembro donde reside habitualmente el menor, un titular de la responsabilidad parental no pueda decidir sobre el lugar de residencia del menor sin el consentimiento de dicha persona, con independencia de los términos utilizados en la legislación nacional. En algunos sistemas jurídicos que mantienen los términos de «custodia» y «visita», el progenitor que no tiene la custodia puede conservar de hecho importantes responsabilidades en cuanto a decisiones que afectan al menor y que van más allá del mero derecho de visita*”.

⁸ Aquí, hay que atender a lo previsto en el Considerando 4 RBII ter: “*La noción de «materia civil» debe interpretarse de forma autónoma, de conformidad con la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia. Debe ser considerada un concepto independiente que se ha de interpretar remitiéndose, en primer lugar, a los objetivos y al régimen del presente Reglamento y, en segundo lugar, a los principios generales que se deducen del conjunto de los sistemas jurídicos nacionales. Por consiguiente, el concepto de «materia civil» debe interpretarse en el sentido de que también puede abarcar medidas que, desde el punto de vista del sistema jurídico de un Estado miembro, pueden estar sometidas al Derecho público. Debe abarcar en particular todas las demandas, medidas o resoluciones en materia de «responsabilidad parental» en el sentido del presente Reglamento, de conformidad con sus objetivos.*”

⁹ No se olvide aquí lo dispuesto en los Considerandos 5, 7 y 14 RBII ter. De este modo, el Considerando 5 dispone: “*El presente Reglamento se aplica en «materia civil», lo que incluye los procedimientos de los órganos jurisdiccionales de lo civil y las resoluciones resultantes, así como los documentos públicos y determinados acuerdos extrajudiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental*”. Mientras que el Considerando 7 establece que: “*Con ánimo de garantizar la igualdad de todos los menores, el presente Reglamento debe aplicarse a todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, incluidas las medidas de protección del menor, con independencia de que estén vinculadas o no a un procedimiento en materia matrimonial o a otro procedimiento.*” Por su parte, en el Considerando 14, se deja sentado que: “*Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, debe darse al término «órgano jurisdiccional» un sentido amplio, a fin de abarcar igualmente a las autoridades administrativas u otras autoridades, como los notarios, que tienen competencia en ciertas cuestiones en materia matrimonial y de responsabilidad parental.*”

7. De otro lado, el art.1.2 RBII ter expone un listado de materias, que, como más adelante se explicará, según la doctrina del TJUE, no debe considerarse exhaustivo, sino ilustrativo. Así, el citado precepto dispone que las materias recogidas en el apartado 1, letra b) podrán, en particular incluir:

- “a) el derecho de custodia y el derecho de visita;*
- b) la tutela, la curatela y otras instituciones análogas;*
- c) la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes de un menor, de representarlo o de prestarle asistencia;*
- d) el acogimiento de un menor en un establecimiento o un hogar de acogida;*
- e) las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de los bienes de un menor”.*

8. Igualmente relevante es el art.2.2.7 RBII ter, que contiene la definición de responsabilidad parental a los efectos del Reglamento y en la que se engloban *“los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor; incluidos, en particular, los derechos de custodia y visita”*. También debe tomarse en consideración lo estipulado en el art.2.2.9. RBII ter, en el cual se indica que el derecho de custodia *“incluye los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y, en particular, el derecho de decidir sobre su lugar de residencia”*. Y por último, cabe tener presente que, conforme al art.2.2.10 RBII ter, el derecho de visitas abarca *“los derechos de visita, incluido el derecho de llevar a un menor a otro lugar diferente al de su residencia habitual por un período de tiempo limitado”*.

9. Junto a los Considerandos y preceptos mencionados, es de interés traer a colación lo dispuesto en el Considerando 10 RBII ter, que, como ya se ha señalado, presenta trascendencia a los efectos de este trabajo, en tanto que deja claro que: *“En lo que respecta a los bienes del menor, el presente Reglamento debe aplicarse únicamente a las medidas de protección del menor, es decir a la designación y las funciones de la persona u organismo encargado de administrar los bienes del menor, de representarlo y de prestarle asistencia, y a las medidas relativas a la administración, conservación o disposición de los bienes del menor. En este contexto y a título de ejemplo, el presente Reglamento debe aplicarse a los casos en los que el objeto del procedimiento sea la designación de la persona o institución que vaya a administrar los bienes del menor. Las medidas relativas a los bienes del menor que no se refieran a la protección de este deben seguir rigiéndose por el Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (4). No obstante, en estos casos podrían ser de aplicación las disposiciones del presente Reglamento relativas a la competencia para conocer de cuestiones incidentales.”*¹⁰

10. En definitiva, del RBII ter se infiere que la noción de responsabilidad parental ampara cuestiones tales como el derecho de custodia y el derecho de visitas, la tutela, curatela y otras instituciones similares, la designación y funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona y/o bienes del menor, de representarlo o prestarle asistencia, el acogimiento del menor en una familia o establecimiento, las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposi-

¹⁰ En lo que respecta al Considerando 10 y a las medidas previstas en el art. art. 1, apartado 2, letras c) y e) RBII ter, en la Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II ter se pone de relieve que, en aquellos supuestos en que el menor es propietario de bienes, puede ser preciso adoptar medidas tales como la designación de una persona u organismo que lo asista y represente en relación con dichos bienes. De ahí, que en la citada Guía se interpreta que el Reglamento *“se aplica a cualquier medida de este tipo que pueda ser necesaria para la administración, conservación o disposición de los bienes del menor si, por ejemplo, existe un litigio entre los progenitores a propósito de una cuestión de este tipo o el menor se queda huérfano”*. Por el contrario, según la mencionada Guía práctica, quedan fuera del ámbito de aplicación del RBII ter otras cuestiones, que, aun estando relacionadas con los bienes del menor, no se refieren a la protección de los intereses del menor en dichos bienes. Tales cuestiones, sin embargo, se regirán por el Reglamento Bruselas I bis. Y en todo caso, se considera que *“corresponde al juez apreciar si una medida relacionada con los bienes del menor se refiere o no a la responsabilidad parental.”* Vid. Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II ter; cit.p.41.

ción de sus bienes, las medidas de Derecho Público, como la guarda del menor o su acogimiento en centros públicos en caso de abandono, siempre que se trate de medidas que no incidan en su educación o salud¹¹.

11. Ahora bien, en la práctica se han venido planteando situaciones ambiguas que han requerido de la interpretación del TJUE, a fin de determinar si el objeto del litigio queda comprendido dentro del concepto de responsabilidad parental a los efectos de aplicar, en su momento el RBII bis, y en la actualidad, el RBII ter. Sin ánimo de ser exhaustivos, a continuación, se extractarán algunas de las principales cuestiones a las que ha debido dar respuesta el Tribunal de Justicia.

12. A este respecto, en cuanto al listado de materias que se recogían en el art.1.2 RBII bis, de la jurisprudencia del TJUE se desprende que el concepto de responsabilidad parental ha de interpretarse de manera amplia. En este sentido, de la doctrina del Tribunal de Justicia puede deducirse que la lista de materias recogidas en el citado precepto no era exhaustiva, sino ejemplificativa, puesto que se ha precisado que el concepto de materias civiles debe interpretarse en el sentido de que incluso puede englobar medidas que, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico de un Estado miembro, están sometidas al Derecho público¹². Así se colige de la expresión “*en particular*” que contempla el mencionado art.1.2 RBII bis¹³.

13. Aquí, hay que indicar que la redacción del art.1.2 RBII ter aún matiza más, puesto que literalmente señala que “*las materias contempladas en el apartado 1, letra b), podrán, en particular, incluir*” los puntos que a continuación especifica. Con todo, el TJUE dejó bien sentado que el concepto de responsabilidad parental del RBII bis no incluye asuntos tales como la contribución de los padres a los gastos de manutención y educación del hijo, contribución que está comprendida en el concepto de “*obligación de alimentos*”, que entra dentro del ámbito de aplicación del Reglamento nº 4/2009¹⁴.

¹¹ Así lo entienden A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, en *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Rapid Centro Color, Murcia, 2024, p.504. Vid. igualmente, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Capítulo II, art.2. Definiciones”, E. CASTELLANOS RUIZ (DIR.) / M.^a J. CASTELLANOS RUIZ (COORD.) *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter...cit.*, pp.147-151.

No obstante, en este punto hay que tener en cuenta que el TJUE ha puntualizado que el acogimiento de un menor que lleva medidas privativas de libertad con fines terapéuticos y educativos queda dentro del ámbito de aplicación del Reglamento, cuando dicho acogimiento se ordene para proteger al menor y no para sancionarlo (Vid. Sentencia del TJUE de 26 de abril de 2012 en el asunto C-92/12, PPU, *Health Service Executive*, ECLI:EU:C:2012:255).

¹² Concretamente, el TJUE señala que la resolución de una autoridad por la que se asume la guarda de un menor y se ordena su acogimiento fuera del domicilio de su familia de origen, en una familia de acogida, es una resolución relativa a la responsabilidad parental, sujeta al Reglamento, aunque haya sido adoptada al amparo de las normas de Derecho público relativas a la protección de menores. Pueden consultarse las siguientes resoluciones del TJUE: STJUE (Gran Sala) 27 de noviembre 2007 (C 435/06, ECLI: EU:C:2007), STJUE (Sala Tercera) 2 abril 2009 (C-523/07, ECLI:EU:C:2009:225), STJUE (Sala Segunda) 26 abril 2012 (C 92/12 PPU, ECLI:EU:C:2012:255), STJUE (Sala Cuarta) 21 octubre 2015 (C-215/15, ECLI:EU:C:2015:710) y STJUE 31 mayo 2018 (C-335/17, ECLI:EU:C:2018:359). Consúltense también, P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas II bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental (análisis de los aspectos de competencia judicial internacional)”, *La Ley. Unión Europea*, núm. 21, 2014, pp.5-22.

¹³ Para mayor información, véase el análisis comparativo entre el RBII bis y la Jurisprudencia del TJUE con el RBII ter, que efectúa A. BERNARDO SAN JOSÉ, “Las normas de competencia internacional en materia de responsabilidad parental en el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2020), Vol. 12, Nº 2, pp. 1243-1289. También es obvio que el concepto de responsabilidad parental incluye la patria potestad tal como se concibe en el Derecho Civil español o en el ámbito de los Derechos forales, la autoridad familiar del Código de Derecho Foral de Aragón. Vid. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol.II, Decimotava edición, 2018, Granada, Comares, 2018, p.455.

¹⁴ ATJUE (Sala Octava) 3 octubre 2019 (C-759/18, ECLI:EU:C:2019:816). Así se ha incorporado en el Considerando 13 RBII ter, en el que se estipula: “(13) Las obligaciones de alimentos, al estar ya reguladas en el Reglamento (CE) n.º 4/2009 (5) del Consejo, están excluidas del ámbito de aplicación del presente Reglamento. Además de los órganos jurisdiccionales del lugar en el que el demandado, o el acreedor, tenga su residencia habitual, los órganos jurisdiccionales competentes en materia matrimonial en virtud del presente Reglamento deben, como regla general, tener competencia para pronunciarse sobre las obligaciones de alimentos accesorias entre cónyuges y excónyuges en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3, letra c), de dicho Reglamento. Los órganos jurisdiccionales competentes en materia de responsabilidad parental en virtud del presente Reglamento deben, como regla general, tener competencia para pronunciarse sobre las obligaciones de alimentos accesorias respecto a los menores en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3, letra d), de dicho Reglamento.”

14. En cuanto al derecho de custodia, el TJUE (Asunto C-400/10 PPU) ha precisado que incluye el derecho del titular de ese derecho a decidir el lugar de residencia del menor, si bien la titularidad de este derecho de custodia dependerá del ordenamiento jurídico de cada Estado miembro¹⁵. Igualmente, en Asunto C-215/15, el Tribunal de Justicia se pronunció sobre el ejercicio de una acción ejercitada por uno de los progenitores, interesando autorización judicial a los tribunales búlgaros para la salida fuera de dicho Estado miembro y la expedición de un pasaporte en relación con el hijo menor, ante la ausencia de consentimiento del otro progenitor. A este respecto, el TJUE resolvió que los arts.1.1.b) y 2.7 RBII bis comprendían no sólo las acciones relativas al conjunto de modalidades de ejercicio de los derechos parentales, sino también resoluciones judiciales concretas relativas a un menor¹⁶.

15. Sobre el derecho de visitas, cabe destacar que el TJUE (Asunto C-335/17) se ha pronunciado en el sentido de que “*el concepto de “derecho de visita” del artículo 1, apartado 2, letra a), y del artículo 2, puntos 7 y 10, del Reglamento (CE) nº 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000, debe interpretarse en el sentido de que incluye el derecho de visita de los abuelos a sus nietos*”¹⁷. Asimismo, el Tribunal de Justicia, en el Asunto C-4/14, concluyó que la noción de responsabilidad parental abarca a una multa coercitiva impuesta mediante una resolución dictada en Bélgica para garantizar que el titular del derecho de custodia respetase el derecho de visita¹⁸.

16. Respecto de las medidas como las previstas en el art. 1, apartado 2, letras c) y e), y en el Considerando 10 del RBII ter, el TJUE, en el Asunto C-404/14, ha dejado sentado que la aprobación de un acuerdo de reparto sucesorio ultimado por un tutor por cuenta de los menores constituye una medida relativa al ejercicio de la responsabilidad parental, acordada tomando en consideración la capacidad jurídica de un menor y tiene por objeto la salvaguarda del interés superior del menor. En este sentido, el TJUE resolvió que la necesidad de aprobación es una consecuencia directa del estado y de la capacidad del menor y constituye una medida de protección de la menor relacionada con la administración, la conservación o la disposición de sus bienes en el marco del ejercicio de la autoridad parental a los efectos del artículo 1, apartado 1, letra b), y del artículo 2, letra e) RBII bis¹⁹. En similares términos se pronunció el Tribunal de Justicia en el Asunto C-565/16, en el cual dictaminó que la autorización para repudiar la herencia del abuelo materno del menor en Grecia, solicitada por la madre y el padre de un menor que residían habitualmente en Italia, estaba amparada por la noción de responsabilidad parental del RBII bis y por tanto, no se regía por lo previsto en el Derecho de sucesiones²⁰.

III. Breve aproximación a los foros de competencia judicial internacional de los arts.7 y 10 del RBII ter

1. Antes de abordar el estudio de la STJUE 6 marzo 2025, C-395/23, *Anikovi*, no está de más analizar de forma sucinta los foros de competencia judicial internacional previstos en los arts. 7 y 10 RBII ter, de los cuales se ocupa la citada resolución. A este respecto, cabe recordar que, para conocer de los litigios relativos a la responsabilidad parental que presenten un elemento internacional, el art.7.1

¹⁵ Así se determina en la STJUE (Sala Tercera) 5 octubre 2010 (C-400/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:582), en la cual se concluye que el RBII bis “*no se opone a que el ordenamiento jurídico de un Estado miembro supedita la adquisición del derecho de custodia por el padre de un menor, no casado con la madre de este, a que el padre obtenga una resolución del órgano jurisdiccional nacional competente que le confiera tal derecho que puede hacer ilícito, en el sentido del artículo 2, número 11, de dicho Reglamento, el traslado del menor por su madre o la no restitución de este*”.

¹⁶ STJUE de 21 de octubre de 2015 en el asunto C-215/15, *Gogova*, ECLI:EU:C:2015:71.

¹⁷ Vid. STJUE (Sala Primera) 31 mayo 2018, (C-335/17, ECLI:EU:C:2018:359).

¹⁸ STJUE (Sala Primera) de 9 de septiembre de 2015, Asunto C-4/14, *Christophe Bohez contra Ingrid Wiertz* (ECLI:EU:C:2015:563).

¹⁹ STJUE de 6 de octubre de 2015, Asunto C-404/14, *Matoušková* (ECLI:EU:C:2015:653).

²⁰ STJUE de 19 de abril de 2018, Asunto C-565/16, *Saponaro* (ECLI:EU:C:2018:265).

RBII ter, como regla general, atribuye competencia judicial internacional a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la residencia habitual del menor en el momento en que se acuda al órgano jurisdiccional²¹. Ello, con las dos salvedades que se recogen en los arts.8 y 9 del propio Reglamento, en las cuales los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual anterior conservan su competencia²². Y sin olvidar que el apartado 2 del art.7 RBII bis indica que el apartado 1 del presente artículo “*estará sujeto a lo dispuesto en los artículos 8 a 10*”. Aquí hay que reseñar la importante labor llevada a cabo por el TJUE a fin de establecer el contenido y alcance del término residencia habitual, en tanto que es el criterio a través del cual se determina el órgano jurisdiccional sobre el que recae la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental, así como el carácter lícito o ilícito del traslado o la retención del menor, en orden a decretar o no el retorno inmediato del niño²³.

17. Respecto del foro del art.7.1 RBII ter se ha venido argumentando que, además de responder al interés superior del menor, favorece la buena administración de justicia, así como que es el Tribunal del Estado miembro de la residencia habitual del menor el que se encuentra mejor situado para adoptar medidas sobre la persona y bienes del menor, habida cuenta que se corresponde con su “*juez natural*” y toda vez que coincide con el “*medio social en el que vive el menor*”, o lo que es lo mismo con el entorno social y familiar donde el menor está integrado. Igualmente, se ha puesto de manifiesto que se trata de un foro que desincentiva el traslado internacional ilícito de los menores²⁴.

18. Por otra parte, no puede desconocerse que el foro del art.7.1 RBII ter cede si las partes han hecho uso de la autonomía de la voluntad de conformidad con lo previsto en el art.10 RBII ter, de tal manera que si hay elección del Tribunal competente y se cumplen las condiciones de validez que se recogen en el citado precepto, el Tribunal que ostentará la competencia judicial internacional para conocer de

²¹ El art.7 RBII ter debe ponerse en relación con el art.17 RBII ter. Por otra parte, respecto del anterior art.8 RBII bis, el TJUE consideró que el “*momento en que se [presenta ante un órgano jurisdiccional] el escrito de demanda o documento equivalente*», con arreglo a dicha disposición, es el momento en que dicha presentación tiene lugar ante el órgano judicial de que se trate, aun cuando esa presentación no inicie por sí misma, de manera inmediata, el procedimiento según el Derecho nacional”. Vid, ATJUE 22 de junio 2016 (C-173/16, ECLI:EU:C:2016:542). La diferencia de redacción entre el art.7 RBII ter y el art.8 RBII bis ha sido puesta de manifiesto por M^a.J. CASTELLANOS RUIZ, “Capítulo II, Competencia en materia matrimonial y responsabilidad parental, Sección 2, Responsabilidad parental, art.7, Competencia general, E. CASTELLANOS RUIZ (DIR.) / M.^a J. CASTELLANOS RUIZ (COORD.) *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter...cit.*, pp.201-237.

²² Ténganse en cuenta aquí la doctrina sentada por el TJUE en relación con los arts.8 y 9 RBII bis. Sirva de ejemplo la STJUE (Sala Primera) 15 febrero 2017 (C-499/15, ECLI:EU:C:2017:118), en la cual se dispone que el art. 8 RBII bis debe interpretarse en el sentido de que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro que han adoptado una resolución firme en materia de responsabilidad parental en lo que respecta a un menor de edad no siguen siendo competentes para conocer de una demanda de modificación de las medidas establecidas en esa resolución en el caso de que la residencia habitual del menor esté situada en el territorio de otro Estado miembro. Y precisa el TJUE que los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de esa demanda son los órganos jurisdiccionales de este último Estado miembro, salvo lo dispuesto para el derecho de visitas en el art.9 RBII bis. Asimismo, en lo referente a los supuestos de sustracción de menores intra Unión Europea, no hay que dejar de lado que los tribunales del Estado miembro de la residencia habitual del niño anterior al traslado ilícito conservan su competencia con las condiciones del art.10 RBII bis (STJUE 10 abril 2018, C-85/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:220).

Para mayor información sobre el tema, consúltese J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Litigación internacional, responsabilidad parental y foro de la residencia habitual del menor en un Estado miembro. Un estudio jurisprudencial”, en M.A. CEBRIÁN e I. LORENTE MARTÍNEZ (Dir.), *Protección de Menores y Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 2019, pp.306-323, B. CAMPUZANO DÍAZ, “Una nueva sentencia del TJUE sobre el concepto de residencia habitual en el marco del Reglamento 2201/2003: Sentencia de 17 de octubre de 2018, UD y XB, AS. 393/18 PPU”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2019), Vol. 11, N° 2, pp. 462-471 y L.A. PÉREZ MARÍN, “El interés superior de los niños y las niñas, de nuevo sobre la necesidad de la creación del concepto autónomo de su residencia habitual. Auto de 24 de octubre de 2019 Sección Decimosegunda de la Audiencia Provincial de Barcelona”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2020), Vol. 12, N° 2, pp. 1119-1127.

²³ En este sentido, resulta paradigmática la STJUE 22 diciembre 2010, C-497/10 PPU, *Barbara Mercredi vs. Richard Chaffe*. (ECLI:EU:C:2010:829), si bien hay otras muchas sentencias que resultan de interés, entre las que cabe citar, por ejemplo: STJUE (Sala Tercera) 2 abril 2009 (C-523/07, ECLI:EU:C:2009:225), STJUE (Sala Primera) 15 de febrero 2017 (C-499/15, ECLI:EU:C:2017:118), STJUE (Sala Quinta) 28 de junio 2018 (C 512/17, ECLI:EU:C:2018:513), STJUE (Sala Quinta) 8 junio 2017 (C-111/17 PPU, ECLI:EU:C:2017:436).

²⁴ Vid. STJUE 13 julio 2023, Asunto C-87/22, *TT vs. AK* (ECLI:EU:C:2023:571). Consúltese también: A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, en *Compendio...cit.*, p.504.

un litigio sobre responsabilidad parental será el elegido por las partes, en lugar del Tribunal del Estado miembro de la residencia habitual del menor²⁵.

19. En concreto, el art.10.1 RBII ter establece las siguientes condiciones para la operatividad del foro elegido por las partes:

- a) El menor debe estar estrechamente vinculado a ese Estado miembro, en especial por el hecho de que:
 - i) al menos, uno de los titulares de la responsabilidad parental tenga en él su residencia habitual;
 - ii) dicho Estado miembro es la antigua residencia habitual del menor, o
 - iii) el menor es nacional de dicho Estado miembro;
- b) Las partes o cualquier otro titular de la responsabilidad parental:
 - i) han convenido libremente en la competencia, al menos en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional; o
 - ii) han aceptado expresamente la competencia durante dicho procedimiento y el órgano jurisdiccional se ha asegurado de que todas las partes han sido informadas de su derecho a no aceptar la competencia; y
- c) el ejercicio de la competencia ha de responder al interés superior del menor²⁶.

20. Junto a las anteriores estipulaciones, el párrafo 2 del art.10 RBII ter recoge las condiciones de validez formal de la elección del Tribunal competente, al disponer que las partes afectadas *“deben manifestar por escrito, fechar y firmar el acuerdo de elección de foro en virtud del apartado 1, letra b), o hacerlo constar en el acta judicial con arreglo al Derecho y el procedimiento nacionales. Se considerará realizada por escrito toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo.”*

21. El apartado 2 del art.10 RBII ter matiza igualmente que las partes o los titulares de la responsabilidad parental han de aceptar la competencia del Tribunal elegido en el momento de someter el asunto a dicho Tribunal, o con posterioridad, tras la presentación de la demanda. Y se puntualiza que, de no haber oposición expresa, se considerará que existe consentimiento implícito²⁷.

22. Cumplidas las anteriores condiciones, cabe reseñar que la competencia de los Tribunales elegidos por las partes será exclusiva, como así dispone el art.10.4 RBII bis²⁸.

²⁵ Esta posibilidad se encontraba regulada en el art.12 RBII bis, como así indica M^a.J. Castellanos Ruiz, que considera más acertada la redacción del vigente art.10 RBII ter, en tanto que no discrimina los procedimientos de crisis matrimoniales respecto de los que se ejerce la competencia de otros distintos. Vid. M^a.J. CASTELLANOS RUIZ, “Capítulo II, Competencia en materia matrimonial y responsabilidad parental, Sección 2, Responsabilidad parental, art.10, Elección del órgano jurisdiccional”, E. CASTELLANOS RUIZ (DIR.) / M^a.J. CASTELLANOS RUIZ (COORD.) *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter...cit.*, pp.263-286.

²⁶ La mayor parte de la doctrina entiende que los criterios establecidos en el art.10 RBII ter para determinar que el menor se encuentra estrechamente vinculado con el Estado miembro a cuyos Tribunales se han sometido las partes no constituyen una lista cerrada o *numerus clausus*, sino que cabe aceptar otros criterios de vinculación suficiente, como, por ejemplo, la nacionalidad de uno de los progenitores que tiene la guarda y custodia del menor, o que se trate de acciones vinculadas. Ahora bien, otro sector doctrinal sostiene que ni tan siquiera la concurrencia de los criterios del art.10 RBII ter resulta suficiente, correspondiendo al demandante acreditar que, teniendo en cuenta el interés del menor, el tribunal elegido es más adecuado que el de la residencia habitual del menor. En este sentido, consúltese: M^a.J. CASTELLANOS RUIZ, “Capítulo II, Competencia en materia matrimonial y responsabilidad parental, Sección 2, Responsabilidad parental, art.10, Elección del órgano jurisdiccional”, E. CASTELLANOS RUIZ (DIR.) / M^a.J. CASTELLANOS RUIZ (COORD.) *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter...cit.*, pp. 270 y 271

²⁷ También cabe traer a colación el Considerando 24 RBII ter, el cual prevé: *“A menos que las partes acuerden otra cosa, debe ponerse fin a cualquier competencia acordada o aceptada tan pronto como la resolución en el marco del procedimiento en materia de responsabilidad parental deje de ser susceptible de recurso ordinario o tan pronto como concluya el procedimiento por otro motivo, a fin de respetar la exigencia de proximidad para cualquier nuevo procedimiento en el futuro.”*

²⁸ Tampoco hay que olvidar lo dispuesto en el Considerando 23 RBII ter: *“En condiciones específicas determinadas en el*

IV. Relaciones entre el Reglamento (UE) 2019/1111 y otros instrumentos internacionales²⁹

23. Las relaciones entre RBII ter y otros instrumentos internacionales se regulan en el Capítulo VIII del propio Reglamento. Muy escuetamente, cabe observar que, primeramente, en el art.94, el legislador europeo establece la prevalencia del RBII ter frente a los convenios existentes en el momento de la entrada en vigor del derogado RBII bis, celebrados entre dos o más Estados miembros y relativos a materias reguladas en el RBII bis, a los cuales el citado precepto dice que sustituirá el Reglamento. Todo ello, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del presente artículo y en los 95 a 100.

24. En el párrafo 2 del art.94 se contempla la denominada “*opción nórdica*”, que constituye una excepción a lo dispuesto en el apartado 1 del mencionado precepto, referente a Finlandia y a Suecia y cuyo contenido se desarrolla en los apartados 3, 4, 5 y 6 del art.94 del Reglamento³⁰.

25. El art.95 se ocupa de las relaciones entre el Reglamento y determinados convenios multilaterales, de escasa relevancia en el momento actual, y sobre los que dicho artículo establece la primacía del RBII ter, en la medida en que ellos se refieran a materias reguladas por el presente Reglamento³¹.

26. Mucho más relevante resultan las previsiones de los arts. 96 y 97, en tanto que reglamentan las relaciones entre el RBII ter y otros instrumentos legales internacionales de gran importancia en materia de protección de menores, como son el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996³² y el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980.

27. Respecto del alcance de los efectos de los convenios mencionados en los artículos anteriores, el art.98 RBII ter, estipula en su apartado 1 que los acuerdos y convenios mencionados en los artículos 94 a 97 seguirán surtiendo efectos en las materias que no estén reguladas en el presente Regla-

presente Reglamento, debe ser posible que la competencia en materia de responsabilidad parental sea también establecida en un Estado miembro donde haya pendiente un procedimiento de divorcio, separación legal o nulidad matrimonial entre los progenitores o en otro Estado miembro con el que el menor tenga un vínculo estrecho, siempre que las partes lo hayan acordado previamente, a más tardar en el momento en que se presentó el asunto ante el órgano jurisdiccional, o lo hayan aceptado expresamente durante dicho procedimiento, aunque el menor no resida habitualmente en dicho Estado miembro, siempre que el ejercicio de dicha competencia corresponda al interés superior del menor. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, toda persona distinta de los progenitores que, según la legislación nacional, tenga condición de parte en el procedimiento incoado por los progenitores debe ser considerada parte en el procedimiento a efectos del presente Reglamento; por tanto, la oposición de dicha parte a la elección de foro efectuada por los progenitores del menor en cuestión, después de la fecha de incoación del procedimiento ante el órgano jurisdiccional, debe impedir que se establezca la aceptación de la prórroga de la competencia por todas las partes en el procedimiento en dicha fecha. Antes de ejercer su competencia a tenor de un acuerdo de elección de foro o de la aceptación de tal elección, el órgano jurisdiccional debe examinar si tal acuerdo o aceptación es fruto de una elección libre y tomada con pleno conocimiento de causa por las partes interesadas, y no de que una parte haya aprovechado las dificultades o la vulnerabilidad de la otra. El órgano jurisdiccional debe registrar la aceptación de la competencia durante el procedimiento con arreglo al Derecho y el procedimiento nacionales”.

²⁹ A este respecto, resulta muy interesante el siguiente trabajo: I. LORENTE MARTÍNEZ, “Capítulo VIII. Relaciones con otros instrumentos”, E. CASTELLANOS RUIZ (DIR.) / M.ª J. CASTELLANOS RUIZ (COORD.) *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter...cit.*, pp.659-682.

³⁰ En concreto, de los citados párrafos, entre otros extremos, cabe destacar lo dispuesto en el art.94.3 RBII ter, en tanto que dispone que: “*En todo acuerdo futuro que se celebre entre los Estados miembros mencionados en el apartado 2 que se refiera a las materias reguladas por el presente Reglamento, las normas sobre competencia se ajustarán a las establecidas en el presente Reglamento*”.

³¹ Se trata de los siguientes Convenios: Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de las autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores, Convenio de Luxemburgo de 8 de septiembre de 1967 sobre el reconocimiento de sentencias relativas al vínculo matrimonial, Convenio de La Haya de 1 de junio de 1970 sobre el reconocimiento de divorcios y separaciones de cuerpos, Convenio europeo de 20 de mayo de 1980 relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia

³² Sobre las relaciones entre el RBII ter y el Convenio de La Haya de 1996, Vid. B. CAMPUZANO DÍAZ, “El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111, análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 12, Nº. 1, 2020, pp. 97-117.

mento. Y añade en el apartado 2 que los convenios mencionados en los artículos 95 a 97 del presente Reglamento, y en particular, los Convenios de La Haya de 1980 y 1996, seguirán surtiendo efectos entre los Estados miembros que sean partes contratantes de los mismos, respetando los artículos 95 a 97 del presente Reglamento.

28. Por último, el art.99 RBII bis incluye disposiciones referentes a las relaciones entre el RBII bis y los Tratados con la Santa Sede.

29. Las consideraciones anteriores se complementan con lo previsto en el Considerando 91 RBII ter, en el que se recuerda que “*el artículo 351 del TFUE se aplica a los acuerdos celebrados por un Estado miembro, antes de su adhesión a la Unión, con uno o varios terceros Estados*”. Atendiendo al mencionado Considerando, cabe interpretar que el Reglamento no afecta a ningún convenio bilateral celebrado entre un Estado miembro y un tercer país que regule materias incluidas en el ámbito de aplicación material del Reglamento. Y a la misma conclusión cabe llegar respecto de los convenios multilaterales, en la medida en que de los arts. 95 a 99 no se deduzca lo contrario³³.

V. Comentario de la STJUE 6 marzo 2025, C-395/23, Anikovi

1. Antecedentes y cuestiones prejudiciales planteadas

30. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del art. 4, apartado 1, letra c) del Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante, RRI), del art. 24. 1, del Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en lo sucesivo, RBI bis), y de los arts. 1, apartado 2, letra e), y 7, apartado 1, del RBII ter.

31. El asunto trae causa del procedimiento de jurisdicción voluntaria seguido en el año 2023 ante el órgano jurisdiccional remitente, el *Sofiyski rayonen sad* o Tribunal de Primera Instancia de Sofía (Bulgaria), a raíz de la presentación de una demanda en nombre de dos menores de nacionalidad rusa, cuya residencia habitual se sitúa en Alemania, con el fin de obtener la autorización para vender sus cuotas en copropiedad sobre tres bienes inmuebles situados en Bulgaria y heredados como consecuencia del fallecimiento de su padre.

32. Concretamente, el órgano jurisdiccional remitente se cuestiona si los órganos jurisdiccionales búlgaros resultan competentes en una situación como la del litigio principal. A este respecto, el Tribunal de Primera Instancia de Sofía observa que el Tribunal Supremo de Bulgaria (*Varhoven kasatsionen sad*) fundamenta la competencia de los tribunales búlgaros para conocer del litigio en disposiciones de Derecho interno y en el art. 30, apartado 2, del Tratado ruso-búlgaro. Por su parte, otro órgano jurisdiccional de dicho país también alega el art. 4, apartado 1, letra c) RRI. Sin embargo, este razonamiento es rechazado por el órgano jurisdiccional remitente, que entiende que debe aplicarse lo dispuesto en el art.24.1 RBI bis.

33. Junto a ello, el órgano jurisdiccional remitente aduce que una situación como la del litigio principal podría tener igualmente cabida en el ámbito de aplicación del RBII ter, salvo que quedase excluida por un acuerdo internacional, como el Tratado ruso-búlgaro. De determinarse la competencia por el RBII ter, el citado órgano jurisdiccional indica que resultarían competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que los menores tienen su residencia habitual, es decir, los alemanes, con arreglo al art.7.1 RBII ter.

³³ Vid. *Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II ter*, cit.p.210.

34. Ante esta tesitura, el Tribunal de Primera Instancia de Sofía suspendió el procedimiento y formuló al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

1. ¿Quedan comprendidos también en el ámbito de aplicación del artículo 1, apartado 2, letra e), del Reglamento [Bruselas II ter] los procedimientos de jurisdicción voluntaria relativos a la concesión de una autorización judicial para operaciones de disposición, por ejemplo, la venta de bienes inmuebles o de cuotas en copropiedad sobre bienes inmuebles que pertenecen a un menor?
2. ¿Con arreglo a las disposiciones de qué Reglamento se determina la competencia internacional de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro de la [Unión] en procedimientos de jurisdicción voluntaria relativos a la concesión de una autorización judicial para operaciones de disposición, por ejemplo, la venta de bienes inmuebles o de cuotas en copropiedad sobre bienes inmuebles que pertenecen a un menor: con arreglo al artículo 7, apartado 1, del Reglamento [Bruselas II ter] —el órgano jurisdiccional del lugar en el que el menor tenga su residencia habitual— o con arreglo al artículo 4, apartado 1, letra c), del Reglamento [Roma I] o, en su caso, al artículo 24, punto 1, del Reglamento [Bruselas I bis] —el órgano jurisdiccional del lugar donde el bien inmueble se halle sito—?
3. ¿Quedan desplazadas las disposiciones del Reglamento [Bruselas II ter] en materia de competencia internacional en procedimientos relativos a la responsabilidad parental por un acuerdo internacional bilateral entre un Estado miembro (la República de Bulgaria) y un tercer Estado (la Unión Soviética o, en su caso, la Federación de Rusia) celebrado antes de la adhesión del Estado miembro a la [Unión] si dicho acuerdo internacional no aparece mencionado en el capítulo VIII de [dicho] Reglamento [...]?

2. Análisis del fallo

35. En primer término, el Tribunal de Justicia entra a resolver conjuntamente las cuestiones prejudiciales primera y segunda. Así, con carácter previo, el TJUE observa que, a pesar de que la segunda cuestión prejudicial alude al art.4.1.c) RRI, el órgano jurisdiccional remitente ya ha advertido que únicamente mencionó dicha norma porque un órgano jurisdiccional búlgaro fundamentó en ella su competencia, pero, indica que es conocedor de que el citado precepto del RRI regula la ley aplicable y no la competencia judicial, por lo que no resulta pertinente para resolver la controversia, a diferencia, a su entender, del art.24.1RBI bis.

36. Seguidamente, de las cuestiones prejudiciales primera y segunda, el TJUE deduce que el órgano jurisdiccional remitente está preguntando si la autorización judicial solicitada por cuenta de un menor de edad que reside habitualmente en un Estado miembro para vender las cuotas en copropiedad de dicho menor sobre bienes inmuebles situados en otro Estado miembro está comprendida en el ámbito de aplicación del RBII ter o en el del RBI bis.

37. Para dar respuesta a las cuestiones prejudiciales formuladas, el Tribunal de Justicia explica que, de acuerdo con el art.1, el RBII ter se aplica a las materias civiles relativas, en particular, al ejercicio de la responsabilidad parental, de tal manera que, conforme al art.1.2.e) del Reglamento, estas materias podrían comprender las *“medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de [sus] bienes”*. Mientras que, como expone el TJUE, el RBI bis regula en su art.1.1 la materia civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional que conozca del asunto, desprendiéndose del art.24.1 RBI bis que los derecho reales inmobiliarios quedan comprendidos dentro de la materia civil y mercantil. Por el contrario, como señala el Tribunal de Justicia, el estado y la capacidad de las personas físicas quedan excluidos del ámbito de aplicación material del RBI bis, conforme a su art.1.2.a).

38. Sentado lo que antecede, considera el TJUE que una autorización judicial como la del litigio principal constituye una medida adoptada con respecto al estado y la capacidad del menor, que tiene por objeto proteger el interés superior de éste, siendo la necesidad de obtener esa autorización consecuencia directa de ese estado y de esa capacidad. Por este motivo, el Tribunal de Justicia, de acuerdo con su propia doctrina jurisprudencial, concluye que la autorización solicitada, con independencia de la materia del acto jurídico objeto de la misma, constituye una medida de protección del menor vinculada a la administración, conservación o disposición de sus bienes en el marco del ejercicio de la responsabilidad parental, en el sentido del art. 1, apartado 2, letra e) del RB II ter, y que está directamente relacionada con la capacidad de la persona física de que se trata, en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra a), del Reglamento Bruselas I bis.

39. La anterior argumentación conduce al Tribunal de Justicia a afirmar que, teniendo en cuenta lo dispuesto en el Considerando 10 RBII ter, una autorización judicial como la del litigio principal está comprendida en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento, con exclusión del RBI bis. En consecuencia, en virtud del art. 7.1 RBII ter, la competencia para expedir la autorización solicitada debe recaer en los Tribunales del Estado miembro en el que el menor reside habitualmente en el momento en el que se acuda al órgano jurisdiccional.

40. Por consiguiente, el TJUE dispone que *“procede responder a las cuestiones prejudiciales primera y segunda que el Reglamento Bruselas II ter debe interpretarse en el sentido de que la autorización judicial solicitada por cuenta de un menor de edad que reside habitualmente en un Estado miembro para vender las cuotas en copropiedad de ese menor sobre bienes inmuebles situados en otro Estado miembro está incluida en la materia de la responsabilidad parental, a efectos del artículo 1, apartado 1, letra b), de dicho Reglamento, en la medida en que se refiere a las medidas de protección contempladas en el apartado 2, letra e), de ese artículo, de modo que para expedir tal autorización son competentes, en principio, en virtud del artículo 7, apartado 1, del citado Reglamento, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor reside habitualmente en el momento en el que se acude al órgano jurisdiccional”*.

41. En cuanto a la tercera cuestión prejudicial, el TJUE, primeramente, se pronuncia acerca de la admisibilidad de la cuestión prejudicial y en segundo término, pasa a resolver el fondo del asunto.

42. Sobre la admisibilidad de la cuestión prejudicial, en resumen, el Tribunal de Justicia declara que procede la admisibilidad de la misma, puesto que, en el supuesto sometido a la consideración del TJUE, es evidente que esta cuestión está relacionada con el objeto del litigio principal, debido a la existencia de normas de competencia judicial diferentes entre el Derecho de la Unión y el Tratado ruso-búlgaro, citado por el órgano jurisdiccional remitente, y toda vez que el problema que en ella se plantea no es meramente hipotético.

43. En relación con el fondo del asunto, en síntesis, entiende el TJUE que el órgano jurisdiccional remitente pide que se dilucide si un tratado bilateral celebrado entre un Estado miembro y un tercer Estado antes de la adhesión de dicho Estado miembro a la Unión puede establecer excepciones a las disposiciones del RBII ter, aun cuando no se mencione en el capítulo VIII de ese Reglamento. Para dar respuesta a lo solicitado, el Tribunal de Justicia, parte de lo dispuesto en el Considerando 91 RBII ter y en el art. 351 TFUE, de los cuales infiere que dicho precepto del TFUE se aplica a los acuerdos celebrados por un Estado miembro, antes de su adhesión a la Unión, con uno o varios terceros Estados. Ahora bien, el Tribunal de Justicia matiza que, con arreglo a su propia doctrina, *“si bien un convenio internacional puede, en virtud del artículo 351 TFUE, párrafo primero, obstaculizar la aplicación de una norma del Derecho de la Unión, debe para ello concurrir un doble requisito: que se trate de un convenio celebrado con anterioridad a la entrada en vigor de los Tratados de la Unión en el Estado miembro en cuestión y que el tercer Estado interesado derive de ese convenio derechos cuyo respeto pueda exigir al citado Estado miembro [sentencia de 14 de marzo de 2024, Comisión/Reino Unido (Sentencia de la Supreme Court), C-516/22, EU:C:2024:231, apartado 64 y jurisprudencia citada].”*

44. Igualmente, tras analizar la jurisprudencia del TJUE, el Tribunal de Justicia argumenta que corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si el Tratado ruso-búlgaro celebrado por la República de Bulgaria antes de su adhesión a la Unión contiene normas cuyo cumplimiento puede la Federación de Rusia exigir a este Estado miembro, así como verificar si el citado Tratado resulta incompatible con el RBII ter, en la medida en que estos dos instrumentos jurídicos no prevén el mismo foro competente en las circunstancias del litigio principal.

45. A tal fin, el TJUE puntualiza que, además de lo estipulado por el art.7.1 RBII bis, habrá que atender a lo previsto en el apartado 2 del mencionado precepto, en cuya virtud, el apartado 1 de dicho artículo estará sujeto a lo dispuesto en los artículos 8 a 10 del citado Reglamento. Por este motivo, el Tribunal de Justicia se remite al art.10 RBII ter, analizando las condiciones para su activación y resuelve que, *“el órgano jurisdiccional remitente puede declararse competente, en virtud del Reglamento Bruselas II ter, siempre que se asegure, en primer término, de que en el procedimiento incoado ante él existe un vínculo concreto e intenso entre la República de Bulgaria y los intereses personales del menor afectado, como puede ser el hecho de que ese menor posea cuotas en copropiedad sobre bienes inmuebles situados en el territorio de ese Estado miembro; en segundo término, de que, habida cuenta de la inexistencia de parte demandada en un procedimiento de jurisdicción voluntaria como el litigio principal, la madre del menor, como único titular de la responsabilidad parental, acepte expresamente, durante el procedimiento, la competencia de ese órgano jurisdiccional, tras haber sido informada de su derecho a no aceptarla, y, en tercer término, de que esa competencia se ejerza atendiendo al interés superior del menor”*.

46. No obstante lo dicho, el TJUE considera que el órgano jurisdiccional remitente no puede declararse competente de acuerdo con lo previsto en el art.10.1.a), b), inciso ii) y c) RBII ter, en lugar de aplicar la norma de competencia general del art.7.1 RBII bis, que, recuérdese otorga competencia a los Tribunales alemanes, con la finalidad de conciliar el Derecho de la Unión con el Tratado ruso-búlgaro, entendiendo que dicho tratado es compatible con el Derecho de la Unión en la medida en que uno y otro establecen el mismo foro competente en el marco de ese litigio.

47. Teniendo en cuenta lo que antecede, el TJUE responde a la tercera cuestión prejudicial, declarando que *“el artículo 351 TFUE debe interpretarse en el sentido de que regula las relaciones de un tratado celebrado entre un Estado miembro y uno o varios terceros Estados antes de la fecha de adhesión de ese Estado miembro a la Unión con el Reglamento Bruselas II ter, cuando ese tratado, aun sin estar mencionado en el capítulo VIII de dicho Reglamento, confiera derechos cuyo respeto por el Estado miembro en cuestión pueda exigir un tercer Estado, Parte contratante en el citado tratado. En caso de incompatibilidad entre tal tratado y el Reglamento Bruselas II ter, que no pueda ser evitada por un órgano jurisdiccional de ese Estado miembro en el marco de un procedimiento pendiente ante él relativo a una materia regulada a la vez por dicho tratado y por el referido Reglamento, el citado órgano jurisdiccional puede aplicar las normas de ese tratado en detrimento de las establecidas por ese Reglamento, mientras no hayan surtido efecto las medidas necesarias para eliminar esa incompatibilidad, con la salvedad de que el Estado miembro en cuestión debe recurrir a todos los medios apropiados para adoptar y aplicar tales medidas”*.

VI. Recapitulación final

48. En el presente trabajo se han puesto de relieve los problemas que suscita la materia de la responsabilidad parental en supuestos transfronterizos en el momento de determinar qué tribunales disponen de competencia judicial internacional para resolver la controversia, en función de los elementos internacionales concurrentes en la situación objeto de litigio. La cuestión, en principio, puede parecer sencilla, habida cuenta la existencia en todos los ordenamientos jurídicos de instrumentos legales que regulan este sector, en virtud de los cuales sus órganos jurisdiccionales pueden confirmar si disponen o no de competencia judicial internacional para dar respuesta a las concretas demandas que se les planteen.

No obstante, como se ha podido comprobar con el estudio realizado a lo largo de esta exposición, por diversas razones, se trata de un tema del que pueden surgir interrogantes, tanto por lo que respecta a la interpretación del propio concepto de responsabilidad parental, como en lo referente a la elección de la norma específica que operará para fijar la competencia judicial internacional. Más aún, ante la presencia de textos normativos procedentes de diversas fuentes.

49. En el ámbito de la Unión Europea, en cumplimiento de lo dispuesto en el art.267 TFUE (art.234 TCE), corresponde al TJUE el desempeño de una tarea armonizadora del Derecho de la Unión, que garantice su aplicación uniforme por todos los órganos jurisdiccionales y autoridades públicas de los Estados miembros³⁴. Esta labor de interpretación alcanza igualmente a las normas del Derecho Internacional Privado de la Unión Europea y por consiguiente, también a las que regulan la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental. Prueba de ello son las numerosas sentencias dictadas por el TJUE durante la vigencia del RBII bis, aclarando las dudas que surgían en su aplicación y colmando las lagunas que se ponían en evidencia en el funcionamiento del citado Reglamento³⁵.

50. A pesar del ingente trabajo realizado por el TJUE y de la incorporación al vigente RBII ter de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia en la interpretación de las normas del RBII bis en materia de responsabilidad parental, la complejidad que en este ámbito añade el elemento internacional comporta que todavía hoy sigan surgiendo dudas que requieren de la acción del TJUE para su resolución.

51. Concretamente, la STJUE 6 marzo 2025, C-395/23, *Anikovi*, incide nuevamente en una de las cuestiones que más interés suscitaron durante la vigencia del RBII bis, cual es la definición del concepto de responsabilidad parental, pues, en este caso, de la respuesta del Tribunal de Justicia dependía que la competencia judicial internacional para dirimir la controversia se determinase por el RBII ter o a través del foro exclusivo del art.24.1 RBI bis. Previamente, el TJUE había rechazado pronunciarse sobre la interpretación del art.4.1.c) RRI, pues, obviamente, como el propio órgano jurisdiccional remitente razonó, el RRI no es una norma sobre competencia judicial internacional, sino sobre Derecho aplicable. El error cometido en este punto por el órgano jurisdiccional búlgaro que la invocó es de calado, y denota, por su parte, un desconocimiento absoluto de los sectores que componen el Derecho Internacional Privado de la Unión Europea, así como de los diferentes textos normativos que los regulan.

52. En cuanto a si entra dentro de la materia de responsabilidad parental la autorización para vender, con el consentimiento de su madre, las cuotas en copropiedad de dos menores de edad sobre tres inmuebles situados en Bulgaria, objeto de cuestión prejudicial, el TJUE concluye que se encuentra comprendida dentro de la materia de responsabilidad parental, lo que determina la operatividad del RBII ter. No se aparta, por tanto, el Tribunal de Justicia de la línea argumental que venía manteniendo en resoluciones anteriores, como, entre otras, la dictada en el Asunto C-404/14, *Matoušková*, a la que se alude en este trabajo; si bien, igualmente se apoya en lo dispuesto en el Considerando 10 del RBII ter, para rechazar la aplicación del RBI bis, dado que la autorización solicitada constituye una medida de protección de menores.

53. Habiendo declarado pertinente la aplicación del RBII ter, para determinar el concreto órgano jurisdiccional competente, el TJUE recurre a la competencia general de la residencia habitual del menor,

³⁴ En relación con esta labor interpretativa y armonizadora del TJUE respecto del RBII bis, Vid. M. GONZÁLEZ MIRAMÓN, "Un paso más en el proceso de armonización del Derecho privado europeo: la concreción por el TJUE del concepto de residencia habitual del menor recogido en el reglamento Bruselas II bis", en <https://idibe.org/doctrina/paso-mas-proceso-armonizacion-del-derecho-privado-europeo-la-concrecion-tjue-del-concepto-residencia-habitual-del-menor-recogido-reglamento-bruselas-ii-bis/>.

³⁵ Se ha puesto de manifiesto que, en la aplicación del RBII bis, el número de sentencias dictadas por el TJUE en materia de responsabilidad parental es notablemente superior a las resoluciones que tienen por objeto la determinación de la competencia judicial internacional en supuestos de crisis matrimoniales con elemento internacional. Vid. E. RODRÍGUEZ PINEAU, "La refundición del Reglamento Bruselas II bis: de nuevo sobre la función del Derecho internacional privado europeo", *REDI*, vol. 69 (2017), p.140. En esta obra, la autora pone de manifiesto que

prevista en el art.7.1 RBII ter, lo que le permite concluir que los órganos jurisdiccionales búlgaros no disponen de competencia para conocer del asunto, toda vez que los menores residen habitualmente en Alemania. En este punto, hay que hacer notar que el Tribunal de Justicia acude en primer lugar al foro del art.7.1 RBII ter, lo que no resulta de extrañar, puesto que, como ya se ha observado anteriormente, los tribunales y autoridades del Estado miembro de la residencia habitual del menor son los que se encuentran mejor situados para adoptar medidas sobre su persona y bienes.

54. No obstante, tras declarar que procede la admisibilidad de la tercera de las cuestiones prejudiciales formuladas, el Tribunal de Justicia se enfrenta al problema que se plantea ante la coexistencia de diversos instrumentos internacionales sobre competencia judicial internacional que tienen su origen en distintas fuentes. Como ya se ha señalado, las relaciones entre el RBII ter y otros textos internacionales se encuentra regulada en el Capítulo VIII del Reglamento, si bien se da la circunstancia de que el Tratado ruso-búlgaro no está comprendido en el citado capítulo, por lo que, teniendo en cuenta la previsión del Considerando 91 del Reglamento, el TJUE se ve en la necesidad de interpretar lo dispuesto en el art.351 TFUE. Ello, con objeto de dilucidar si el RBII ter, procedente del legislador de la Unión Europea, ha de quedar de desplazado por el Tratado ruso-búlgaro, que es una norma de Derecho convencional. Aquí, parece oportuno recordar lo dicho anteriormente en relación con el Capítulo VIII y el Considerando 91 RBII ter, en cuanto a que en la “Guía Práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II ter” se interpretan tales preceptos en el sentido de que el RBII ter no afecta a ningún convenio bilateral celebrado entre un Estado miembro y un tercer país que regule materias incluidas en el ámbito de aplicación material del Reglamento. Sin embargo, además, el TJUE añade que deben concurrir dos requisitos, cuales son que se trate de un convenio celebrado con anterioridad a la entrada en vigor de los Tratados de la Unión en el Estado miembro en cuestión y que el tercer Estado interesado derive de ese convenio derechos cuyo respeto pueda exigir al citado Estado miembro.

55. A este respecto, resulta muy significativo que el TJUE tenga en cuenta la posibilidad de que, pese a no disponer de competencia conforme al art.7.1 RBII ter, el órgano jurisdiccional remitente pudiera resultar competente de cumplirse lo dispuesto en el art.10 RBII ter. Ello, en tanto que, tal como se ha advertido en otro apartado de la presente exposición, si concurren las condiciones del art.10 RBII ter y el interés del menor así lo justifica, la autonomía de la voluntad prevalece sobre la competencia general prevista en el Reglamento. Aunque, finalmente, el Tribunal de Justicia rechaza que, en lugar de acudir al art.7.1 RBII ter, el órgano jurisdiccional remitente se declare competente en virtud del art.10 RBII bis con el propósito de conjugar el Derecho de la Unión con el Tratado ruso-búlgaro y así, interpretar que este tratado es compatible con el Derecho de la Unión.

RECENSIONES

A. LEANDRO, *Jurisdiction in EU cross-border insolvency law*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2025.

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA

Catedrático emérito de Derecho internacional privado

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID: 0000-0003-2236-4641

DOI: 10.20318/cdt.2026.10301

1. JOSEPH JOUBERT escribió que: “*Enseigner, c’est apprendre deux fois*” (enseñar es aprender dos veces) (J. JOUBERT, *Pensées essais et maximes*, 2ª ed., 1850, Titre XIX. *De l’éducation*). Hace poco, un amigo que me visitó en mi domicilio particular sintió curiosidad por saber cómo era mi despacho de casa y en qué ocupaba mi tiempo ahora que soy profesor emérito de mi Universidad. Le extrañó la cantidad tan enorme –“desproporcionada” dijo él– de libros que tengo sobre determinadas materias, una de ellas el Derecho concursal internacional. También le llamó la atención que, sobre mi escritorio, estuviese abierto el libro del profesor ANTONIO LEANDRO al que me voy a referir, y, junto a él, un mazo de cuartillas, llenas de anotaciones mías, que es como suelo trabajar. Le expliqué a mi amigo que, en un mundo globalizado, con crisis económicas recurrentes y pandemias transfronterizas, la regulación jurídica de la *crisis de la empresa* la lleva a cabo el *Derecho concursal y paraconcursal* y que éste no sólo constituye un motivo de preocupación social, sino que está llamado a ver crecer su importancia en el futuro. Pues bien, por lo pronto, el libro de LEANDRO es un trabajo sobre esta rama jurídica. Me gusta elegir las materias que enseño y también diseñar qué quiero explicar, en qué orden, con qué ejemplos y qué materiales deben disponer los alumnos. Si no se interesan por las explicaciones –eres el típico profesor que lee en clase un libro que sus alumnos ya pueden leer en su casa–, no comprenden los libros o materiales que recomiendas o, *last but not least*, no ven la relevancia que esos conocimientos tienen en la vida real, la vida más allá de las aulas, entonces lo más probable es que, como profesor, seas un fiasco. Por experiencia propia, sé que un buen libro puede suplir en parte a un mal profesor. Con un buen profesor o, incluso, sin él, el libro del

profesor LEANDRO es *ideal* para iniciarse en el Reglamento (EU) 2015/848 por varios motivos: 1. Se centra en las cuestiones de *competencia judicial internacional* (*Jurisdiction*) del Derecho concursal de la Unión Europea. Son las cuestiones jurídicas que primero hay que resolver (qué tribunales de qué Estado miembro son competentes para abrir un procedimiento concursal transfronterizo y dictar las diferentes resoluciones relacionadas con él) y, en muchos casos, son las más importantes; porque la respuesta que se les dé condiciona las soluciones de los demás problemas. 2. Para que el libro tenga un tamaño aceptable (tiene xxx-263 p.), no se ocupa de los otros dos tipos de cuestiones jurídicas: ni el problema del *Derecho aplicable* ni el problema de la *eficacia extraterritorial* de las decisiones concursales. Quienes busquen obras que recojan estos *tres grandes problemas* concursales (*forum, ius, exequatur*) disponen de algunos excelentes estudios recientes (como, por ejemplo, G. CUNIBERTI/A. LEANDRO [EDS.], *The European Insolvency Regulation and implementing legislations: a commentary*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024; U. MAGNUS/P. MANKOWSKI [EDS.], *European Insolvency Regulation 2015*, 2ª ed. revisada, Berlin, Boston, De Gruyter, 2025). 3. El libro está escrito con un estilo sencillo y directo, está bien estructurado, está bien documentado, tanto jurisprudencial (pp. xvi-xxii) como bibliográficamente (pp. 235-250), y ofrece conclusiones interesantes (pp. 224-234).

2. San JUAN DE LA CRUZ aconsejaba a sus discípulos: “Buscad leyendo y hallaréis meditando” (*Dichos de luz y amor*; Dicho 185). Un buen libro es, a la postre, como una partitura musical. Lo que finalmente salga de él, dependerá de la perspicacia

cia, tesón y técnica del lector o intérprete. Dicho con otras palabras, según la comprensión del lector, los libros tienen su propio destino: “*Pro captu lectoris habent sua fata libelli*” (TERENTIANUS MAURUS, finales del siglo II d. C.). Una ventaja del libro del profesor A. LEANDRO es que permite al lector inteligente que profundice en cualquier tema concursal internacional tanto como quiera o necesite. Nada importante ha escapado a su autor. La minuciosidad de las referencias a casos, legislación, estudios y el índice analítico final permiten fácilmente comprender el concepto o categoría jurídica de la que se trate, ver cuáles han sido sus principales aplicaciones y ahorrar tiempo, al saber, en pocos minutos, qué debe uno buscar en la biblioteca, obtener por internet o solicitar al préstamo interbibliotecario. Esto convierte a esta obra en una *herramienta polivalente*, útil para la docencia, la investigación y el ejercicio profesional de jueces, notarios y abogados. Basten dos ejemplos. Primero: En la p. xx, se puede leer: “Case C-474/93 Hengs Import BV ECLI:EU:C:1995:243”. Basta introducir el número de caso o de ECLI en internet para que un buscador como, por ejemplo, Google o Chrome nos muestre en la pantalla el texto íntegro de la sentencia. En la p. xx del libro, se indica también que el tema de fondo del que se ocupa la sentencia se trata en el parágrafo 4.067. Si se lee dicho parágrafo, que está en las pp. 142-143, se aprecia que dicho caso tuvo que ver con un supuesto concreto de orden público -cuándo pueden

producir eficacia extraterritorial medidas urgentes adoptadas sin oír a las dos partes, sino sólo a una (*ex parte*) (“*fair*” *preservation measures*)-, un problema jurídico muy delicado que, al menos, se ha planteado ante el Tribunal de Justicia en el Caso 125/79 (*Denilauver*) y en el Caso C-39/02 (*Moerst Olie & Gas*). Segundo: En la p. 177, nota 43, A. LEANDRO resume en sólo siete líneas el caso *Alitalia Linee Aeree Italiane S. p. A.* [2011] EWHC 15 (Ch). Con esta indicación, incluso un ser pre-industrial, como yo, puede obtener en internet el texto de esta decisión judicial de Reino Unido (por ejemplo, en <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2011/15.html>).

3. En definitiva, como observó SÉNECA: “*Non refert quam multos sed quam bonos libros habeas*” (no importa cuántos libros tengas, sino cuán buenos sean) (*De tranquillitate animi*, Capítulo 9). Con ello quiero indicar que el libro comentado es un *must have*, una obra que no debe faltar en ninguna biblioteca especializada en Derecho internacional privado. Es clara, precisa y breve. Resulta útil para el estudiante, el teórico y el práctico del Derecho. No es de extrañar. No me ha sorprendido. Triste privilegio de la edad, conozco desde hace muchos años la magnífica obra científica de ANTONIO LEANDRO y me consta que es un brillante representante de la mejor doctrina internacionalista italiana. Espero que nos veamos en unos meses en Roma, celebrando el Centenario de UNIDROIT.

MARÍA VICTORIA CUARTERO RUBIO / JOSÉ MANUEL VELASCO RETAMOSA (Dir.). *El derecho de familia a la luz del derecho fundamental europeo al respeto a la vida familiar*. Madrid, Aranzadi, 2025.

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Murcia

ORCID ID: 0000-0002-0347-7985

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2026.10302>

Esta obra que lleva por título “El Derecho de familia a la luz del derecho fundamental europeo al respeto a la vida familiar”, bajo la impecable e inteligente dirección de María Victoria Cuartero Rubio y José Manuel Velasco Retamosa, constituye una contribución esencial, ambiciosa y absolutamente necesaria para la comprensión del Derecho de Familia en el contexto global y europeo propio del siglo XXI. Este volumen no es sólo una colección de estudios inconexos y variopintos. Es, en realidad, un mapa conceptual riguroso y exhaustivo que ilumina la encrucijada en la que se encuentran los ordenamientos jurídicos nacionales, el Derecho Internacional Privado clásico, -europeo y español-, y el enfoque metodológico propio que sigue el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 noviembre 1950 en relación con los derechos a la vida privada y a la vida familiar.

El libro recoge múltiples colaboraciones de las que sería tedioso, a la par que poco práctico, realizar una glosa individualizada. La obra aborda con lucidez los desafíos más complejos y actuales que debe afrontar la familia en un mundo interconectado, globalizado y esencialmente líquido, como diría el gran ZYGMUN BAUMAN. La perspectiva del derecho fundamental al respeto a la vida familiar, tal y como se recoge en el art. 8 CEDH, actúa como eje vertebrador nuclear: una auténtica lente crítica que resulta extremadamente útil para evaluar la adecuación del Derecho internacional privado vigente hoy en España y en Europa como elemento de protección y promoción de tal derecho.

La calidad de las contribuciones individuales reunidas en esta obra es más que notable. Destaca la profunda especialización de sus autores, la mix-

tura de sus enfoques y el carácter interdisciplinar del resultado final. Resulta imprescindible mencionar ciertos estudios de esta obra que marcan una pauta muy destacada en sus respectivos campos.

Ana Quiñones Escámez aborda con valentía el tema de las discriminaciones de género en las herencias en el ámbito internacional. Su análisis sobre el uso estratégico de la *professio iuris* y la libertad de testar en casos complejos pone de relieve las desigualdades económicas como condicionante de la regulación legal. También propone vías de solución en el marco de una vida familiar transfronteriza y ofrece una perspectiva jurídica de alto impacto social.

Ángeles Lara Aguado es autora de un capítulo sobre la identidad sexual y de género y derecho a la vida privada y familiar. La autora disecciona la jurisprudencia del TEDH y revela cómo el Tribunal se ha convertido en un actor clave para garantizar los derechos de las personas LGTBIQ+ en su esfera familiar y privada, así como para reafirmar el carácter dinámico e inclusivo que debe presidir una lectura actual del Derecho internacional privado.

José Manuel Velasco Retamosa firma un texto significativo y sugestivo sobre el concepto de matrimonio en los Estados miembros de la Unión Europea y en el Derecho internacional privado actual. Su análisis es fundamental para entender la coexistencia de distintas concepciones matrimoniales y la necesidad de coherencia en el espacio europeo de justicia. Las experiencias nacionales, ricas y diversas, muestran que el reforzamiento y desarrollo de las estructuras propias del Derecho internacional privado pueden impulsar una sensible mejora de la vida internacional de las familias.

La cuestión del nombre, ese elemento esencial de la identidad de toda persona, es tratada

carras@um.es

por Nicolas Nord en “Le nom de famille et les droits fondamentaux. La portabilité du nom en question”. El autor subraya, sobre la base de insignes autores galos de hace más de cien años, la trascendencia de la traslación legal internacional del apellido a la luz de los derechos fundamentales, una problemática de creciente relevancia en la circulación de personas.

Temas de bioética y Derecho son abordados con rigor por Pilar Jiménez Blanco en su análisis sobre la gestación subrogada, donde evalúa el papel del TEDH y de la Conferencia de La Haya en la búsqueda de una posible solución internacional congruente, coherente y transaccionada. Los superiores principios ideológicos del Derecho actual condicionan, en este campo, el inicio de una acción general por parte del Derecho internacional privado en el proceso de reestructuración y modernización de los derechos humanos. Como justo complemento a la anterior contribución, Margherita Salvadori examina la prohibición de la gestación subrogada en Italia y su efecto en la circulación del *status filiationis*, lo que supone un bello y valioso contrapunto desde la perspectiva de un ordenamiento jurídico específico.

La modernización normativa que ha supuesto el Reglamento Bruselas II-ter es objeto de la aportación de Esperanza Castellanos Ruiz, con su habitual rigor y solvencia creativa. Las novedades que este Reglamento trae al escenario internacional son estudiadas mediante un relanzamiento específico de los intereses de los particulares cuyas vidas se desarrollan en un contexto internacional, en el que todos los sectores implicados deben proporcionar un eficaz punto de partida para la realización de sus derechos como personas y familias. Su estudio de las “luces y sombras” de esta nueva herramienta legal resulta vital para los profesionales del Derecho Internacional Privado.

Cuestiones relativas a la formación de lazos familiares se abordan con detalle en el trabajo de Guillermo Palao Moreno sobre la actualización de la CIEC ante la nueva realidad de uniones registradas. Con su habitual estilo y nivel de análisis, el autor propone ciertas iniciativas legales que España podría seguir para alcanzar una aplicación

indiscriminada de los factores concurrentes, tanto europeos como nacionales.

El análisis de Mónica Guzmán Zapater sobre los matrimonios por poder proporciona una visión muy útil y rigurosa de la interconexión entre diplomacia y Derecho internacional privado. La profesora de la UNED pone de relieve las limitaciones que el entramado legal actual supone para la realización auténtica del *jus connubii*.

Una sección de especial emotividad e importancia se centra en la protección de los menores y los colectivos vulnerables. Así, las contribuciones de Lorena Sales Pallarés sobre el matrimonio infantil como efecto indirecto de la ausencia de control de empresas y derechos humanos, y de Lucía I. Serrano Sánchez sobre la ley aplicable al matrimonio entre adolescentes en un análisis comparado con Iberoamérica, constituyen sendas llamadas de atención éticas y jurídicas que, hoy, resultan ineludibles.

La protección del menor y la circulación de decisiones judiciales es el elemento clave en la aportación de Enrique Fernández Masiá. Este capítulo sienta las claves operativas para salvaguardar el derecho a la vida familiar en los acogimientos familiares bajo el prisma del Reglamento Bruselas II-ter. Rafael Arenas García, por otro lado, aborda la compleja relación entre el derecho a la vida familiar, el interés superior del menor y la sustracción internacional de menores, y aporta soluciones muy sólidas a conflictos de alta intensidad emocional.

Esta obra, en suma, se presenta como una evidencia de que los objetivos del Derecho internacional privado tienen todavía mucho camino para lograr una implementación fuerte de los valores propios del Derecho europeo y del Derecho español. Este libro, con su carácter coral y mediante el esfuerzo innovador de sus autores, constituye una referencia ineludible para académicos, jueces, abogados y todos aquellos interesados en las fronteras del Derecho de Familia. La obra es un testimonio de la evolución jurídica y un auténtico y excelente repositorio de consulta imprescindible que debe ocupar un lugar de privilegio en toda biblioteca especializada en Derecho de Familia.

KATHARINA BOELE-WOELKI and MAARIT JÄNTERÄ-JAREBORG (eds.). *What Family Law for Europe?* Intersentia. Louvain-la-Neuve. 2025. 261 pp.
ISBN: 978-1-83970-548-9.

ESTHER FARNÓS AMORÓS

Profesora agregada de derecho civil

Universitat Pompeu Fabra

ORCID ID: 0000-0002-1117-0035

DOI: 10.20318/cdt.2026.10303

El volumen *What Family Law for Europe?* tiene origen en el congreso que reunió a destacados comparatistas europeos en Derecho de familia en la Real Academia sueca de Letras, Historia y Antigüedades, con sede en Estocolmo, en octubre de 2024. En la introducción al volumen, la Prof. Maarit Jänterä-Jareborg, coeditora, nos acerca a los objetivos del congreso, entre ellos el de evaluar el pasado, presente y futuro del Derecho de familia comparado. A continuación, se presentan las principales comisiones académicas y grupos de expertos que se dedican al Derecho de la persona y la familia europeo y comparado, lo que permite confirmar el buen estado del trabajo académico en este ámbito. Al papel pionero de la Commission on European Family Law (CEFL), destacado por la Prof. Katharina Boele-Woelki, se suma hoy el de otras cinco iniciativas académicas consolidadas, como son las comisiones y grupos de expertos del European Law Institute (ELI), cuya presentación corre a cargo de la Prof. Wendy Schrama; Family Law in Europe (FL-EUR), a cargo de la Prof. Masha Antokolskaia; The Nordic Expert Group on Family Law, cuyo trabajo describen las Profs. Salla Silvola y Elisabeth Hartley; The Nordic Centre for Comparative and International Family Law (NorFam), introducido por el Prof. Jens M. Scherpe; y Rethinking Family and Family Law in the Low Countries (RETHINKIN), al cual nos aproxima el Prof. Frederik Swennen.

La segunda parte de la obra se centra en la cooperación nórdica en Derecho de familia, con un capítulo de la Prof. Ingrid Lund-Andersen que, pese a subrayar el desigual nivel de armonización en temas como la división de la propiedad en el marco de parejas no casadas, presenta la tradición de colaboración jurídica entre estos países como

un modelo de inspiración para el Derecho de familia europeo. Esta cooperación se extiende, como muestra la Prof. Hrefna Friðriksdóttir en su capítulo, al llamado Derecho de menores o de la infancia (“Child Law”), una rama cada vez más autónoma del Derecho de familia a medio camino entre el Derecho privado y el Derecho público. Como destaca la autora, la cooperación en este ámbito se apoya en dos principios básicos: el interés superior del menor y la igualdad de género. Llama la atención que el capítulo se base exclusivamente en la vertiente privada de la disciplina, en especial cuando varios países escandinavos se encuentran en el punto de mira por prácticas cuestionables de las autoridades públicas en materia de protección de menores, que han conducido al alejamiento injustificado de los menores respecto de sus familias biológicas. El segundo bloque del volumen concluye con un capítulo de la Prof. Tone Sverdrup sobre el futuro de la cooperación nórdica, en que la autora reflexiona, a partir de una constelación de casos cuyos orígenes se remontan a los años setenta del siglo pasado con la incorporación de las mujeres al mundo laboral, sobre una cuestión clave para el Derecho de familia: la distribución de las inversiones hechas durante el matrimonio y la convivencia en pareja. Al respecto, cuestiona la justicia correctiva, en cuanto trata a los esposos y convivientes como socios de una empresa, una noción que no se corresponde con la realidad de las relaciones íntimas, en que la lógica contractual no acostumbra a funcionar.

El tercer eje temático del volumen tiene por objeto los trabajos de revisión de los Principios CEFL (“The Principles of European Family Law Revisited”, Intersentia, 2024). Al respecto, el Prof. Dieter Martiny, uno de los fundadores de la Comisión, nos acerca a una metodología que ha

creado escuela y destaca las razones, en algunos casos más que justificadas, que llevaron a la revisión de dichos Principios. Así, por ejemplo, desde la adopción en 2002 de los relativos al divorcio y alimentos entre ex esposos, la tendencia emergente hacia la desjudicialización y privatización del divorcio, así como la consolidación de la idea de autosuficiencia, hacía indispensable esta revisión. Mientras que el trabajo del Prof. Martiny está más centrado en el método de la CEFL y en las razones que justifican la reforma de sus Principios, el capítulo que le sigue, elaborado por los Prof. Nigel Lowe y Cristina González Beilfuss, también miembros de la Comisión, presenta y evalúa las novedades introducidas en los distintos ámbitos. Se trata de un capítulo que sitúa el papel de la Comisión en su contexto, da cuenta de su influencia real y evidencia que la cuestión original de si cabe la armonización en Derecho de familia hoy ha dado paso a la de cuáles deberían ser las mejores soluciones en cada uno de los ámbitos en que los Principios se han desplegado. Dado que hasta la fecha la revisión de los Principios no se ha traducido en su reelaboración, la utilidad del trabajo de Lowe y González Beilfuss es indiscutible, en cuanto apunta a distintos aspectos que una futura redacción debería tener en cuenta. En su evaluación los autores ponen de manifiesto cómo determinados Principios han resistido mejor que otros el paso del tiempo. Algunas de las cuestiones que este trabajo tan solo insinúa, como la de si el Derecho también debería regular ciertas relaciones horizontales entre más de dos personas basadas en la solidaridad y los cuidados o, en el plano vertical, la de si los principios CEFL deberían pronunciarse en materia de filiación, una cuestión en que la armonización se presenta como particularmente difícil, son objeto de análisis en el trabajo posterior de los Prof. Nina Dethloff, Barbara Novak y Felix Leven, quienes añaden al análisis la compleja cuestión de la incidencia de la violencia intrafamiliar o de género en las medidas propias del Derecho de familia, otra de las asignaturas pendientes de los Principios CEFL -y, me atrevo a afirmar, del Derecho de familia en general-. Esta es una cuestión que a día de hoy ocupa a muchos legisladores nacionales y que, por sus interferencias con el Derecho penal, plantea multitud de interrogantes, entre ellos el de cuál debería ser la mejor respuesta de los ordenamientos desde un punto de vista del “better law”, si la de contemplar soluciones legislativas consistentes en privar

“ex lege” al progenitor violento de la guarda de los hijos menores -e, incluso, de las relaciones personales con los mismos-, o bien la de optar por soluciones “ad hoc” que permitan a la autoridad judicial un cierto grado de discrecionalidad a partir de una evaluación caso a caso.

Tras estos tres primeros ejes temáticos muy centrados en la tarea de la CEFL y en el camino que queda por recorrer, el volumen se detiene en el análisis sustantivo de algunas de las cuestiones éticas y jurídicas que suscitan para el Derecho de la persona y la familia europeo tres grandes temas: la protección de las personas adultas vulnerables (Parte IV), las técnicas de reproducción asistida y el derecho a conocer los orígenes (Parte V), y el reconocimiento legal de la identidad de género (Parte VI).

La contribución de los Prof. Masha Antokolskaia, Wendy Schrama y Tim Wuyts da inicio al bloque sobre protección de las personas adultas vulnerables. En ella se presentan los principales resultados de un proyecto desarrollado en este ámbito en el marco de la red académica FL-EUR, cuyo método es muy similar al de la CEFL, sin que su trabajo se traduzca en la redacción de principios uniformes. El proyecto desarrollado evidencia que el nivel de adaptación de los países europeos a la Convención de Nueva York de 2006 (CDPD) es muy desigual, y las dificultades para lograr un balance adecuado entre autonomía y protección, evidentes. Estos son, sin duda, dos de los mayores desafíos del Derecho de la persona contemporáneo, a los que se unen las exigencias que resultan del aumento de la esperanza de vida. El trabajo de Antokolskaia, Schrama y Wuyts pone además de relieve otras cuestiones de corte metodológico que cualquier iniciativa en este ámbito debe sortear, en particular en lo que a terminología y traducción o trasplante legal de conceptos entre ordenamientos se refiere (los ejemplos sobre el significado de la expresión “legal capacity” o del contenido de las medidas “ex lege” hablan por sí solos). En el capítulo siguiente la Prof. Katja Karjalainen analiza la misma cuestión desde una perspectiva transfronteriza, lo que más allá de a las barreras legales derivadas del recurso al Derecho internacional privado enfrenta a las personas a barreras lingüísticas o de tipo práctico propias de cada ordenamiento. La autora subraya, como en la contribución precedente, los problemas a que conduce cualquier intento de “trasplantar” nociones muy arraigadas a los derechos nacionales como la de capacidad, y pone sobre la mesa

la posibilidad de invocar la excepción de orden público cuando se pretende el reconocimiento de medidas de protección de adultos vulnerables que no cumplen con los requisitos de protección y necesidad impuestos por la CDPC.

El bloque V, el más desigual en cuanto a temas seleccionados y contenido de las contribuciones, presenta algunas cuestiones legales y éticas que suscitan las técnicas de reproducción asistida (TRA) y el derecho a conocer los orígenes. A partir del art. 7 de la Convención de NU sobre los derechos del niño (1989), la Prof. Velina Todorova se centra en el derecho a conocer los orígenes en los ordenamientos que permiten o toleran los partos anónimos o las llamadas “baby boxes”, una práctica que, en contra de lo que se podría pensar, hoy es legal en 12 de los 27 países de la UE. El título de la contribución, centrado únicamente en el derecho a conocer, la dota de un alcance general que no es acorde con su contenido, por lo que se echa en falta, por ejemplo, una mención a la polémica cuestión del conocimiento de los orígenes por parte de las personas concebidas con gametos donados, cuestión que sí analiza críticamente el Prof. Jordi Ribot en el capítulo siguiente. En él, el acceso a las TRA, tema muy sensible sobre el que existe una profunda división en Europa, se aborda a partir de la legislación española, cuyo carácter precursor y enfoque liberal permiten presentar las grandes materias sobre las que cualquier propuesta armonizadora debería reflexionar. Entre estas materias destacan el anonimato de donantes que, pese a la constatación de una tendencia inversa en Europa, es todavía la regla general en un buen número de ordenamientos como el español, así como el auge de la llamada “industria de la fertilidad” y, con ella, de los tratamientos reproductivos transfronterizos. Si bien en este último ámbito parece que las cuestiones vinculadas a la filiación van a obtener una respuesta de la mano de la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo [COM(2022) 695 final], otras situaciones no transfronterizas ni vinculadas al Derecho de familia también exigen respuestas jurídicas. En países como España, el crecimiento de la “industria de la fertilidad” hace especialmente patente la necesidad de controles administrativos y de mecanismos de supervisión centralizados a nivel europeo, que el Prof. Ribot estima necesas-

rios para prevenir, entre otras posibles consecuencias negativas, las donaciones patológicas en serie. La actualidad de la propuesta es evidente, a la luz de noticias como la que ha ocupado a la prensa española e internacional en los últimos días, según la cual el esperma de un donante danés con un gen cancerígeno fue utilizado entre 2006 y 2023 por varios centros europeos para concebir a casi 200 niños, 35 de ellos en España, donde al menos tres nacieron con la mutación y uno está enfermo¹. La última contribución dentro de este eje temático, por el Prof. Nils-Eric Sahlin, expone algunos de los retos a que se enfrenta el Derecho a partir del avance de las TRA, desde la creación de embriones humanos sintéticos, a los úteros artificiales, pasando por la gametogénesis “in vitro”. Pese a que el trabajo del Prof. Sahlin, experto en ética médica, constituye un bosquejo de temas que no se detiene en el análisis jurídico, su pregunta de investigación (*¿tenemos la legislación que necesitamos para estas formas totalmente nuevas de hacer bebés?*) es del todo pertinente, en cuanto anuncia algunos de los grandes desafíos del Derecho de familia del futuro. La pregunta es relevante, sin ir más lejos, en materia de donación de mitocondria, una práctica legal en unos pocos ordenamientos que puede llegar a tener consecuencias en materia de filiación, asignación de responsabilidades parentales o conocimiento de los orígenes biológicos.

El último bloque del volumen se dedica a otro de los grandes temas que marcan la agenda del Derecho de la persona y la familia de la actualidad, el reconocimiento legal de la identidad de género. Los tres trabajos que lo integran constituyen buenos ejemplos de la diversidad existente en la materia, representada por los países nórdicos y Alemania (Prof. Jens M. Scherpe), las antiguas jurisdicciones soviéticas (Prof. Laima Vaigé), España, Italia, Malta y Portugal (Prof. Paula Távara Vitor), y Reino Unido (Prof. Jane Mair). Se trata de la parte del volumen más equilibrada en cuanto a contenidos y que aporta una panorámica comparada más rica. En el capítulo del Prof. Scherpe el contraste entre la evolución más o menos acompañada de los países objeto de análisis hacia la autodeterminación de género y el no binarismo, por un lado, y la gran diversidad existente en la determinación

¹ <https://elpais.com/sociedad/2025-12-10/esperma-con-un-gen-cancerigeno-de-un-mismo-donante-ha-sido-usado-para-engendrar-al-menos-197-bebes-en-14-paises-entre-ellos-espana.html> (última consulta: 31/12/2025).

de la filiación respecto de los progenitores trans, por el otro, resulta muy oportuno. Si bien es relativamente fácil compartir los argumentos a favor de la opción legal por la autodeterminación de género, que el autor expone con gran claridad, la propuesta rompedora con que cierra su capítulo, consistente en sustituir los términos “padre” y “madre” por otros neutros desde el punto de vista de género (el inglés “parent”, p.e.), puede generar más reticencias. Los ordenamientos que explora la Prof. Vaigé dan cuenta de la tendencia contraria en Europa. Su capítulo constituye un magnífico análisis comparado sobre el estado de la cuestión en países tan diversos como Estonia, Letonia, Lituania, Bulgaria, Chequia, Hungría, Polonia, Rumanía, Eslovaquia, Croacia y Eslovenia, que se completa con un repaso de la evolución de la jurisprudencia del TEDH en la materia. Si bien la autora solo ahonda en los cuatro que considera más representativos de las diferentes posiciones, que resume muy gráficamente (Estonia o “Expert Committee”, Hungría o “Horror Zone”, Lituania o “Late” y Polonia o “Parents’ Fault”), el análisis también integra al resto de países. La apuesta patologizadora en los cuatro países seleccionados -en el caso de Hungría y Polonia, a partir de una triste regresión-, indiferente a la tendencia contraria a nivel europeo y mundial, llega al extremo de impedir el reconocimiento del género adquirido legalmente en otro Estado. La práctica habitual en algunos de los once países objeto de análisis, consistente en dar respuesta a los derechos de las personas trans fuera del cauce parlamentario, a través de órdenes ministeriales o por los tribunales, también es objeto de crítica, en cuanto carece de la legitimidad y la seguridad jurídica que se estiman necesarias en materia de derechos humanos. La Prof. Távara Vítor presenta la posición de cuatro países del sur de Europa con contextos y evoluciones bastante similares. Si bien el caso italiano es el más difícil de categorizar, ya que no cuenta con un marco legislativo despatologizador, su inclusión en el análisis resulta oportuna, al haberse alcanzado soluciones muy similares por vía jurisprudencial. A diferencia de los capítulos anteriores, este incide en la posibilidad y condiciones de acceso al reconocimiento legal del género por parte de menores de edad, una cuestión que junto con la

opción por la autodeterminación es, en la práctica, una de las que mayor controversia y debate genera. Cierra este bloque la historia de “desarmonización” que resulta de la reforma del reconocimiento legal del género en Reino Unido y que, en palabras de la autora del capítulo, la Prof. Mair, constituye un caso de estudio sobre lo que no debe hacerse. A partir de la “good in its day” *Gender Recognition Act* británica de 2004, la autora nos aproxima al debate parlamentario que pretendía adaptar la norma a los nuevos tiempos y que puso de manifiesto las diferencias de criterio entre Irlanda del Norte, Inglaterra y Gales y, un paso por delante, Escocia que, en 2022, en plena cruzada antigénero a nivel mundial, logró introducir en su Parlamento un Proyecto de ley de reconocimiento de género basada en la autodeterminación. Pese a tratarse de la propuesta legislativa de su historia parlamentaria que ha sido sometida a mayor escrutinio y ser aprobada por una amplia mayoría, hoy se encuentra paralizada en medio de una batalla competencial con el Gobierno británico. Ahí termina, por el momento, la historia de desarmonía que relata la autora y que, en su opinión, evidencia la necesidad de que los distintos ordenamientos trabajen conjuntamente en cuestiones con implicaciones tan directas en las vidas de las personas.

El volumen concluye con las reflexiones de la segunda editora de la obra, la Prof. Katharina Boele-Woelki, sobre el futuro del Derecho de familia europeo, que se acompaña de un resumen de los debates que surgieron en el marco del congreso precedente, a cargo de las investigadoras Charlotte Mol y Susanna Roßbach. Como la tarea misma de la CEFL, *What Family Law for Europe?* logra un gran equilibrio entre lo metodológico y lo sustantivo, y su lectura es imprescindible para quienes consideran que el estudio del Derecho de familia no puede permanecer ajeno a los cambios sociales ni a los debates legislativos, jurisprudenciales y académicos que tienen lugar, a menudo en paralelo, en otros ordenamientos. En último término, *What Family Law for Europe?* es una celebración de la tarea de la CEFL casi a un cuarto de siglo de su constitución, en un contexto sociopolítico que pone especialmente en valor el significado de iniciativas académicas como esta.

ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT y CÉSAR HORNERO MÉNDEZ (dirs.). *La autonomía de la voluntad en el ámbito matrimonial y de las parejas de hecho: perspectivas interna, internacional y comparada*. Tirant lo Blanch. 2025. 391 pp.

MANUEL GARCÍA MAYO

Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

DOI: 10.20318/cdt.2026.10304

1. La obra que aquí recensamos y que se publica bajo el título “La autonomía de la voluntad en el ámbito matrimonial y de las parejas de hecho: perspectivas interna, internacional y comparada” es fruto del proyecto estatal de I+D+i “Retos de la regulación jurídico-patrimonial del matrimonio y de otras realidades (uniones de hecho) en los planos supraestatal y estatal (REJURPAT)”. El trabajo completa una trilogía publicada bajo el amparo del referido proyecto, viniendo, pues, precedido de la publicación de otras dos obras dedicadas al estudio del ámbito patrimonial, no solo del matrimonio, sino de esa otra realidad familiar existente en la actualidad como son las parejas de hecho: “Régimen patrimonial de las uniones registradas: aspectos estatales y supraestatales (a propósito del Reglamento UE 2016/1104)” y “Régimen económico matrimonial: cuestiones de Derecho interno, comparado e internacional”.

La calidad de la publicación colectiva no solo viene justificada por los autores que la han hecho posible, y a los que a continuación nos referiremos, sino por la solvencia académica de quienes la dirigen, los profesores Andrés Rodríguez Benot y César Hornero Méndez, y la coordinación de Laura García Álvarez, un óptimo aval académico de que el contenido de los diferentes capítulos nos aportarán nuevas ideas y propuestas fruto de investigaciones serias, rigurosas e innovadoras -características que, por lo general, y desgraciadamente, cada vez son más “rara avis” en una Universidad dominada por criterios cuantitativos-.

2. Si bien es cierto que la obra muestra un continuismo con las dos anteriores, en tanto que se centra, fundamentalmente, en aspectos patrimoniales de los matrimonios y de las parejas de hecho, el sentido a esta obra se lo otorga un común

denominador presente en todos los trabajos que componen la misma: la autonomía de la voluntad, una “vieja” conocida, especialmente del profesor Hornero, quien ya publicó alguna investigación con ocasión de la pensión compensatoria, una de las medidas -a adoptar con ocasión de la crisis matrimonial- en las que más se ha discutido sobre la posible autonomía de la voluntad de los cónyuges y sus límites. Y he aquí donde se justifica la necesidad de esta obra: la irrupción de la autonomía de la voluntad en el Derecho de familia, donde hasta no hace mucho tiempo la misma contaba con un campo de actuación especialmente limitado. Una realidad que hace necesario un estudio detenido de la misma a la vista de las reformas legislativas que se han aprobado en las últimas décadas, así como de las que aún no han llegado a buen puerto; piénsese en un instrumento como son los pactos en previsión de una ruptura familiar (pactos prematrimoniales, aunque no solo) que, por su falta de regulación en nuestro ordenamiento jurídico, plantea a día de hoy no pocos interrogantes a los que intenta responder la jurisprudencia con mayor o menor acierto y en muchas ocasiones de forma contradictoria, generando, con ello, la siempre temible inseguridad jurídica.

3. En el libro ahora recensado, siguiendo con la tónica de los dos anteriores, los temas a tratar se abordan desde una doble perspectiva: la interna y la internacional, consecuencia de un equipo multidisciplinar que compone el propio proyecto de investigación y en el que se congregan expertos de dos áreas del Derecho privado como son el Derecho Civil y el Derecho Internacional Privado; áreas que en la actualidad, y cada vez en mayor medida, forman un “matrimonio de conveniencia”, en tanto que no pueden entenderse

la una sin la otra. En particular, la obra se divide en tres grandes bloques: uno primero referido a la perspectiva interna, uno segundo a la perspectiva internacional y un último de Derecho comparado.

4. El bloque relativo a la perspectiva interna lo encabeza la Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid, Cristina de Amunátegui Rodríguez, acreditada experta en este ámbito y que bajo el título “La autonomía de la voluntad en el ámbito de las parejas no casadas” realiza un recorrido por la caótica situación en la que se ven inmersas las parejas de hecho, una realidad en la que la autonomía de la voluntad tiene una especial incidencia amen de la inexistencia de una ley estatal y de la aprobación de múltiples -y variopintas- leyes autonómicas, algunas con preceptos ya incluso declarados inconstitucionales. Es por ello por lo que la autora aboga, bien por potenciar la cultura del pacto -a colación de lo cual realiza un análisis de los posibles pactos a alcanzar- o bien por una decisión del legislador de extender a las uniones de hecho alguna de las reglas pensadas para los matrimonios, frente a la postura mantenida -y justificada- por el Tribunal Supremo de negar la analogía entre el matrimonio y la pareja de hecho.

También en este capítulo, Neus Cortada Cortijo y Clara Barrufet Borrell abordan otro de los temas típicos cuando hablamos de la autonomía de la voluntad, como son los protocolos familiares. Y también a los pactos, concretamente a los prematrimoniales y en previsión de ruptura -a los que ya aludimos más arriba-, se refiere la profesora Elena Goñi Huarte, aunque lo hace centrándose en los de contenido puramente económico -lo que no obsta a que quepa la discusión, si cabe en mayor medida, sobre la posibilidad de pactar los efectos de contenido personal de la hipotética ruptura familiar-. Tras referir los límites a tales acuerdos, acaba proponiendo “de lege ferenda” la regulación de la cláusula “rebus sicc stantibus” en el Derecho de familia, propuesta de reforma que, aunque bienvenida fuese su llegada, no es necesaria para su aplicación, como ya ha demostrado -acertadamente- el Tribunal Supremo en varias de sus sentencias.

Y, como las relaciones familiares a las que nos estamos refiriendo no solo generan interrogantes en vida de sus integrantes, sino “mortis causa”, la profesora M. Esperança Ginebra Molins aborda la “Constitución factual y formal de las parejas

estables y sucesión intestada en los Derechos civiles españoles”, un estudio que hace tanto desde la perspectiva del libre desarrollo de la personalidad como desde la perspectiva familiar-sucesoria.

Termina el bloque dedicado a la perspectiva interna con un tema que, con total seguridad, es el de mayor actualidad a la fecha de publicación de la obra: “Crisis matrimoniales y animales de compañía: una perspectiva doctrinal y jurisprudencial”, a cargo de la catedrática de Derecho civil de la Universitat Politècnica de València, Francisca Ramón Fernández. Un trabajo en el que la autora, tras un riguroso estudio del tema, como acredita incluso una bibliografía muy completa sobre la cuestión, señala cómo el principio de autonomía de la voluntad y la decisión de los cónyuges es primordial para establecer el destino del animal que ha convivido en el seno de la familia. Al respecto, refiere que, si bien ha de primar el principio de interés y bienestar del animal, se plantean situaciones que la propia autora describe en las que la decisión no es fácil o se complica por distintas circunstancias.

5. El segundo bloque de la obra colectiva que aquí se recensiona es el destinado a la perspectiva internacional. El bloque comienza con un trabajo del profesor David Carrizo Aguado, en el que aborda uno de los elementos más problemáticos en toda ruptura familiar -que no solo matrimonial-: la vivienda familiar, la cual, por el importante valor económico que conlleva el uso atribuido de la misma, y el hecho de que la medida normalmente tenga carácter gratuito, ha conllevado que sea una de las medidas mas ansiadas por quienes hasta hace poco tiempo compartían amor bajo su techo. El autor lo aborda desde una interesante perspectiva transfronteriza, y tras el estudio de una abundante -y acreditada- bibliografía de la doctrina dominante, acaba concluyendo que la autoridad judicial competente, a la hora de aplicar el ordenamiento jurídico que resulte de activar la norma conflictual, tiene como misión observar que las normas que aseguran la salvaguarda de la vivienda familiar no conculcan los derechos sociales y económicos del cónyuge y menores afectados por la crisis familiar.

Seguidamente, en el mismo bloque, la Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona, Cristina González Beilfuss, bajo el título “La autonomía de la voluntad en el ámbito matrimonial y de las uniones de hecho: perspectivas internacionales”, se plantea

como objetivo el estudio de la facultad de elección de la ley aplicable y de la autoridad competente, y ello lo hace analizando, en primer lugar, la autonomía de la voluntad conflictual, y seguidamente la sumisión expresa y tácita.

Por su parte, atendiendo a los nuevos tiempos que nos toca vivir y, en definitiva, a la necesidad siempre de hacer una adaptación de la ley a la realidad social del momento, el profesor Antonio Merchán Murillo, partiendo de que el art. 22 del Reglamento 2016/1103 permite designar o cambiar la ley aplicable al régimen económico matrimonial, así como de que el referido acuerdo se habrá de hacer por escrito y habrá de estar fechado y firmado por ambos cónyuges, considera como escrito toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo, dedicando el autor a esto último su contribución en el libro.

El bloque destinado a la perspectiva internacional lo cierra el trabajo de Mercedes Soto Moya, Profesora Titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada, y que la autora centra en el estudio del Reglamento (UE) 2016/1104. Si bien la autonomía de la voluntad -defiende la autora- se ha de erigir como una herramienta valiosa para gestionar las relaciones transnacionales y la resolución de conflictos en materia de familia, en el referido Reglamento, tanto los límites intrínsecos como los extrínsecos reducen considerablemente la libertad de elección con la que cuentan los miembros de la pareja.

6. Cierra la obra colectiva un tercer bloque, más reducido en extensión, que no en interés, destinado a una perspectiva comparada. El mismo contiene dos trabajos. El primero, cuya autoría se debe a Clarissa Fonda y a Isidoro Antonio Calvo Vidal, ambos notarios, aborda un estudio de la autonomía de la voluntad en el ámbito matrimonial y de las uniones de hecho en Italia, lo cual siempre es de interés para el jurista español que, en el estudio del Derecho comparado de casi cualquier

materia que se presente, especialmente en el Derecho privado, acude a la doctrina italiana para conocer el estado de la cuestión de aquel país cuyo Código Civil comparte tanto con el español. Los autores, tras abordar el Derecho italiano como ley aplicable, ya sea por acuerdo de elección, ya en defecto de acuerdo, se centran en aquel ordenamiento para tratar cuestiones de interés como la clasificación de los bienes, la transferencia de bienes entre categorías, la responsabilidad de los cónyuges o miembros de la pareja por las obligaciones y deudas del otro o los derechos y obligaciones de aquellos en relación con el patrimonio o el reparto de este último en caso de disolución.

Se cierra el bloque, y con él el libro, con una importante visión internacional, más allá de los países de nuestro entorno, que viene aportada por el trabajo de Noadis Milán Morales, Profesora Titular en la Universidad de Oriente (Santiago de Cuba), que nos acerca la regulación de la unión de hecho afectiva en el novedoso Código de las Familias de Cuba.

7. En definitiva, la obra colectiva que aquí se ha recensionado es -como diría el Prefacio litúrgico- justa y necesaria. Y ello atendiendo a -como advertíamos- la cada vez mayor presencia de la autonomía de la voluntad en el Derecho de familia, que plantea no pocos interrogantes, no solo en relación con las modificaciones legislativas que se vienen aprobando, sino en relación con aquellas otras que no se han acometido y que deja algunas cuestiones a la sola interpretación de la jurisprudencia -y a las humildes aportaciones de nosotros, la doctrina-. Se trata, pues, de un broche de oro a los cuatro años de proyecto -y de actividad científica-. Decían los directores de la obra, a la vez que prologuistas, que “corresponde a la Administración en lo burocrático y a la Academia en lo sustantivo efectuar el balance definitivo sobre los logros eventualmente conseguidos”. Valga esta breve recensión como aval académico del balance sobresaliente de los resultados expuestos en esta publicación.

ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT. *Le régime économique des couples en Droit international privé*. Recueil des cours (tome 445), Brill/Nijhoff, Leiden/Boston, 2025, 288 pp. ISBN: 978-90-04-74172-0.

PABLO QUINZÁ REDONDO

Profesor Titular de Derecho internacional privado
Universitat de València

DOI: 10.20318/cdt.2026.10305

1. La recensión de esta obra supone para quien escribe estas líneas un desafío y un privilegio que, ciertamente, afronto con entusiasmo y respeto por dos motivos. En primer lugar, porque pocos han sido los académicos españoles que, a lo largo de sus ya más de cien años, han sido seleccionados por el *Curatorium* para impartir el Curso de verano de la Academia de La Haya de Derecho Internacional, centro de excelencia en el marco del Derecho internacional público y privado; es, al fin y al cabo, una invitación que marca un hito en la carrera de cualquier internacionalprivatista. No es, por tanto, frecuente tener el privilegio de hacer una recensión de un trabajo tan exclusivo como es el de una obra perteneciente a la Colección de Cursos de la Academia. En segundo lugar, porque supone hacerlo sobre una temática en la que su autor es el referente español en la materia, pues solo así se explica que posea, entre sus múltiples reconocimientos, uno que, como su propio trabajo, también es excepcional y genuino: haber participado, como miembro del Grupo de Expertos y como representante del Estado español en la génesis del actual texto de referencia, en el seno de la Unión Europea, sobre la materia en cuestión. Esto último conlleva, para quien acomete la recensión, moverse, *ex ante*, en unos parámetros de calidad y rigor respecto de la obra enjuiciada.

2. El lector estará reclamando, internamente, saber el autor y la temática sobre la que versa la obra. No le haremos esperar más. Se trata de Andrés Rodríguez Benot, Catedrático de Derecho internacional Privado de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla y de su Curso, titulado en su versión original en francés -como el propio texto-, *Le régime économique des couples en Droit*

international privé. La obra en cuestión consta de 288 páginas divididas en seis capítulos y pretende seguir -de hecho, lo consigue sobradamente- la estela de los grandes maestros que ya trataron la temática del régimen económico para la Academia de la Haya de Derecho internacional, como son E. Audinet y G.A.L. Droz, a quienes el propio Andrés Rodríguez Benot menciona en la introducción de su trabajo -correspondiente con su primer capítulo-. Teniendo en cuenta lo anterior, los siguientes párrafos contendrán un comentario crítico a cada uno de los capítulos de este Curso. Valga por adelantado que se trata de un trabajo integral y omnicomprendivo, pues se combina el análisis sustantivo con el internacionalprivatista, la figura del matrimonio con la de otras uniones no matrimoniales -concretamente las registradas- y, respecto de ambas, la vertiente *ad intra* con la *ad extra*, de obligada presencia para abordar con éxito una figura tan compleja como el régimen económico.

3. El capítulo segundo comienza con una idea esencial, como es el abordaje de las cuestiones previas de necesaria resolución respecto del régimen económico. Se trata, por un lado, de la existencia de un matrimonio y, por otro, de una unión registrada. Seguidamente, Andrés Rodríguez Benot realiza un estudio de Derecho comparado partiendo de tres de las grandes familias jurídicas, como son el Derecho civil continental -y, en este último caso, distinguiendo los regímenes de comunidad, de participación y separación-, el *Common Law* -caracterizado, como acertadamente señala, por la inexistencia como tal de este concepto como efecto del matrimonio- y los países de tradición musulmana, donde el Estado, la religión y el

derecho confluyen para ofrecer una serie de soluciones muy particulares. El régimen económico, no obstante, es una institución cuyos problemas suelen emerger, en la práctica, en el contexto de una crisis de la pareja o a raíz del fallecimiento de uno de los miembros de la misma, como desgrana el autor para contextualizar la materia objeto de estudio. El capítulo segundo finaliza, muy acertadamente, distinguiendo los efectos personales de los patrimoniales, de innegable relevancia respecto del plan de trabajo que se propone en la obra.

4. En el capítulo tercero, Andrés Rodríguez Benot parte de la necesidad de ofrecer una regulación clara y fácilmente accesible respecto del régimen económico de las parejas, un propósito que permea la labor de los legisladores nacionales e internacionales que se esfuerzan por armonizar o unificar el derecho. Se trata de una tarea que también ha sido acometida, con mayor o menor éxito, a través de iniciativas provenientes del mundo académico. El autor le da la relevancia que merece a la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado, claramente pionera en el ofrecimiento de soluciones comunes respecto del régimen económico. De las mismas parten, en muchos casos, las propuestas legislativas existentes en el ámbito regional, como son las llevadas a cabo por la Unión Europea a través de sendos reglamentos - Reglamentos (UE) n° 2016/1103 y 2016/1104-, que ocupan un papel protagonista en el capítulo, o las existentes en América, como son los Tratados de Derecho civil Internacional de 1989 y 1940 suscritos en Montevideo o el Código Bustamante. El capítulo finaliza haciendo referencia al Acuerdo franco-alemán instituyendo un régimen económico matrimonial común -una solución más bien de tipo material- y a los trabajos acometidos por la CEFL o el GEDIP. Un definitiva, el lector puede encontrar en este capítulo tercero un catálogo pormenorizado de los instrumentos tanto de *hard law* como de *soft law* referentes al régimen económico, perfectamente estructurado y engranado.

5. El capítulo cuarto viene referido a los aspectos procesales del régimen económico de la pareja en situaciones con elemento de extranjería, como son la determinación de la competencia judicial internacional y la eficacia extraterritorial de decisiones o actos jurídicos -en sentido amplio- adoptados en otros Estados. Aquí el autor parte de una

diferenciación clásica de los sectores internacionalprivatistas, dejando el de la determinación del Derecho aplicable para los restantes capítulos. La metodología empleada, por tanto, es la propia de la disciplina, por lo que el lector encontrará a su disposición tales cuestiones de una manera didáctica e intuitiva, sin oscurantismos ni enfoques perversos. Huelga decir que en este capítulo las soluciones ofrecidas por los ya mencionados instrumentos institucionales son abordadas con detalle. Desde el punto de vista de quien hace esta recensión, una de las mayores complejidades que esconden los Reglamentos (UE) n° 2016/1103 y 2016/1104 viene referida a la estructuración por bloques temáticos de los foros de competencia judicial, donde resulta esencial entender la propia idiosincrasia de la institución -entendiendo por tal los supuestos que plantearán una mayor litigiosidad- y el manejo de los reglamentos europeos conexos a la misma, por las referencias que los primeros hacen a ellos. Tras la lectura detallada de este capítulo, puede afirmarse que Andrés Rodríguez Benot pone orden y nitidez en su análisis y exposición.

6. En el capítulo quinto el autor aborda la perspectiva *ad intra* de la institución, esto es, la vertiente referida en puridad a los propios miembros de la pareja, pues al fin y al cabo es a ellos a quienes con carácter protagonista afecta el establecimiento de unas reglas u otras para regular las relaciones patrimoniales. Aquí el enfoque empleado es doble. Por un lado, el material, pues se analizan los contratos matrimoniales, entendiendo por tales aquellos en los que se fija el régimen patrimonial de la pareja, algo que como indica el propio Andrés Rodríguez Benot se puede conseguir de manera directa -mención específica o diseño *ad hoc* de un régimen- o indirecta -en este caso, a través del juego combinado con las reglas de determinación del Derecho aplicable-. Por otro lado, la conflictual, para lo cual se ofrece, sobre todo, aunque no exclusivamente, un estudio detallado de las reglas ofrecidas en los Reglamentos (UE) n° 2016/1103 y 2016/1104, donde tras distinguirse el uso de la autonomía de la voluntad conflictual de las conexiones objetivas ofrecidas por ambos instrumentos, se aborda tanto el ámbito de aplicación de la ley aplicable, como las características esenciales de la misma y las normas de aplicación del sistema. Como viene siendo la tónica habitual del trabajo, el autor lo hace de una manera sólida, pero a la vez instructiva, es decir, combinando rigor y claridad.

7. El capítulo sexto parte de una realidad incuestionable: personas distintas de los cónyuges o miembros de una unión registrada pueden verse afectadas por el régimen económico de estos últimos cuando están en contacto con uno o ambos de ellos (particularmente, acreedores o deudores). Esta circunstancia explica que, mientras que el capítulo anterior versaba sobre la perspectiva *ad intra* de la institución, el enfoque ahora es la perspectiva *ad extra*. La protección de terceros en este ámbito puede tener lugar de diferentes maneras y de ahí que Andrés Rodríguez Benot divida este capítulo en dos grandes bloques. En primer lugar, se aborda la protección de terceros cuando el régimen económico se encuentra inscrito en un registro público. De especial interés para el lector en esta parte se encontraría la presentación de los diferentes tipos de registro, sobre la que el Derecho comparado muestra una enorme diversidad. El segundo apartado de este capítulo versa sobre el escenario opuesto: la protección de terceros en ausencia de publicidad del régimen económico. Como puede

inferirse, en este tipo de supuestos aumentan las dificultades para garantizar la seguridad jurídica en las relaciones entre los cónyuges o miembros de una unión registrada y los terceros. Una dificultad que, sea como fuere, no priva al autor de ofrecer con método y cohesión los diferentes mecanismos existentes para solventar dicha situación.

8. Andrés Rodríguez Benot finaliza su Curso con un excelso listado de la bibliografía que con integridad y solidez ha manejado a lo largo de su excelente trabajo. Llegados a este punto, no cabe duda de que nos encontramos ante una obra de referencia en la materia, cuyas enseñanzas y discursos serán de obligada consulta no solo para los investigadores contemporáneos, sino también para las generaciones futuras. Por ello, quienes hemos aprendido de sus trabajos a lo largo de su brillante carrera nos alegramos de contar con otro académico español entre la reducida lista de selectos investigadores que dejan una impronta impeccedera en La Haya.